THÈSE DE
NANCY.
1889
N°. 0.

NIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DU DROIT DU MARI

SUR LES BIENS DOTAUX

DROIT FRANÇAIS

DE L'ADMINISTRATION

PAR LE MARI

DES BIENS DE LA FEMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

P. SITERLET

AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 22 Juin 1889, à 4 heures du soir

Président : M. P. LOMBARD, professeur,

Suffragants : MM. GARDEIL, professeur, BOURCART, CHRÉTIEN, agrégés.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DU DROIT DU MARI

SUR LES BIENS DOTAUX

DROIT FRANÇAIS

DE L'ADMINISTRATION

PAR LE MARI

DES BIENS DE LA FEMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

P. SITERLET

AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 22 Juin 1889, à 4 heures du soir

Président : M. P. LOMBARD, professeur,

Suffragants : MM. GARDEIL, professeur, BOURCART, CHRÉTIEN, agrégés.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM.

LEDERLIN ✻, I ✪, Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT ✻, I ✪, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.), ✻, I ✪, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit des gens.

LIÉGEOIS, I ✪, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire du Droit.

BLONDEL, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I ✪, Professeur de Code civil.

GARNIER, I ✪, Professeur d'Economie politique.

MAY, A ✪, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A ✪, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A ✪, Professeur de Procédure civile.

BOURCART, A ✪, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain.

GAVET, A ✪, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.

CHRÉTIEN, A ✪, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.

LACHASSE, I ✪, Docteur en droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

DROIT ROMAIN

DU DROIT DU MARI

SUR LES BIENS DOTAUX

INTRODUCTION

ET

DIVISION DU SUJET

En droit romain comme en droit français, la dot est tout ce qui est apporté au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, soit par la femme elle-même, soit par un de ses parents, soit par un étranger quelconque. Les biens dotaux sont ceux que la femme s'est expressément constitués en dot, ou qui lui ont été constitués comme tels par un tiers, et dont la propriété passe au mari. On les oppose aux biens extra-dotaux ou paraphernaux dont la propriété reste à la femme. « *Ea quæ*, nous dit Ulpien dans la loi 9, § 3, *De jure dotium*, D — 23, 3, *Græci* παραφερνα *dicunt, quœque Galli peculium appellant.* » La constitution de dot ne se présume pas, elle doit être expresse.

Quelle que soit l'époque du droit romain que l'on envisage, le mari est toujours propriétaire des biens dotaux, et la maxime traditionnelle : *Dotis causa perpetua est*, placée comme un principe fondamental en tête du titre du Digeste consacré à l'étude de la dot (23, 3, *De jure dotium*, » est aussi vraie dans la législation de Justinien,

qu'aux premiers siècles de Rome ; c'est du moins ce que nous croyons, ce que nous nous efforcerons de démontrer dans le cours de cette thèse. Mais si, en droit, cette règle n'a jamais cessé d'être exacte, en fait, ses applications pratiques ont été, comme la dot elle-même, l'objet de variations nombreuses et importantes ; à un tel point que certains auteurs ont prétendu que, dans le dernier état du droit, et principalement après les réformes considérables qui ont valu à Justinien le titre d'*imperator uxorius,* le mari n'était plus, relativement aux biens dotaux, qu'un simple administrateur, un mandataire de la femme.

Sans aller jusque là et aboutir ainsi à une solution qui nous semble erronée, il faut cependant bien reconnaître que les droits du mari sur les biens dotaux ont subi des restrictions de jour en jour plus considérables, et que, d'absolus qu'ils étaient à l'origine, ils ont fini par devenir, au moins en ce qui concerne les immeubles, à peu près nuls.

Examiner quels étaient ces pouvoirs primitifs du mari sur la dot, chercher à indiquer les diverses modifications qui y furent successivement apportées, tel est le but que nous nous sommes proposé dans cette étude.

Pendant les premiers siècles de Rome, tous les biens apportés par la femme au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, deviennent à tout jamais la propriété de ce dernier. Celui-ci peut les aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit, par acte entre vifs ou par disposition testamentaire ; il peut en un mot en disposer comme bon lui semble, sans avoir jamais à en rendre compte à la

femme ou au constituant. La dot devient sa chose et, quel que soit le mode de dissolution du mariage, il n'a jamais aucune restitution à en faire.

Mais au commencement du VI^e^ siècle, l'antique austérité des mœurs subit de graves atteintes. En l'an 522 Spurius Calvirius Ruga, répudie sa femme et cet exemple contagieux devait n'être malheureusement que trop suivi ; d'infime exception qu'il était, le divorce devient la règle générale. On se marie, non pour avoir la femme, mais pour avoir la dot et, une fois en possession de celle-ci, on répudie celle-là, pour recommencer encore. Le mariage devenait pour le mari une bonne opération commerciale, c'était en un mot la plus éhontée et la plus scandaleuse des spéculations.

Les déplorables inconvénients de cette situation se firent sentir dès l'apparition même du divorce ; aussi, pour remédier à de tels abus, l'usage s'établit-il, pour la femme, de stipuler, en cas de dissolution du mariage, par le divorce d'abord, puis par le prédécès du mari plus tard, la restitution de sa dot. La jurisprudence fit un pas de plus ; elle accorda une action à la femme pour se faire restituer les biens dotaux, même quand la formalité préalable de la stipulation aurait été omise. Dès lors le mari qui répudie sa femme, doit en même temps rendre la dot, au moins en partie.

Cette première mesure, prise dans l'intérêt de la femme, était loin d'être suffisante ; cette obligation imposée au mari de restituer la dot ne présentait, en effet, de véritable utilité qu'autant que la dot se trouvait encore entre ses

mains au moment de la dissolution. Or celui-ci, malgré l'obligation de rendre, n'en était pas moins propriétaire, il pouvait donc toujours aliéner indistinctement tous les biens dotaux meubles et immeubles, en disposer à son gré, de sorte qu'il était possible, et ce cas se présentait fréquemment, qu'il ne pût, lors de la dissolution du mariage, représenter la moindre partie de la dot. En outre, il était également possible, qu'il fût devenu, à cette même époque, complètement insolvable, de sorte que si d'un côté la femme ne pouvait pas récupérer sa dot puisque celle-ci était dissipée, de l'autre elle ne pouvait pas davantage se faire payer les dommages et intérêts auxquels elle avait droit, le mari ne possédant plus rien. Cette première garantie accordée à la femme, cette faculté qui lui était reconnue de se faire restituer, à la dissolution, les biens qu'elle avait apportés en dot, devenait donc, dans la grande majorité des cas, lettre morte.

Cet état de choses, malgré ses défectuosités, subsista cependant de longues années. Ce n'est que deux siècles plus tard que la loi *Julia, de adulteriis et fundo dotali*, rendue sous Auguste, vers l'an 737, vint apporter le premier remède sérieux, en édictant la règle de l'inaliénabilité relative de l'immeuble dotal. Dorénavant le mari ne pourra plus aliéner les immeubles constitués en dot sans le consentement de sa femme et bientôt il ne pourra plus les hypothéquer même avec ce consentement. Le régime dotal était constitué.

Enfin Justinien proclame le principe de l'inaliénabilité absolue; pour mieux protéger la dot, il décide que l'alié-

nation du fonds dotal sera interdite au mari, non plus seulement agissant seul, mais encore avec le consentement de la femme. En outre, il accorde à celle-ci, pour sûreté de ses droits, une hypothèque légale sur tous les biens du mari et enfin, par une dernière disposition beaucoup moins heureuse que les précédentes et qui lui fut suggérée, dit-on, par des intrigues de palais, il décide que cette hypothèque sera privilégiée, c'est-à-dire que la femme primera ainsi, non seulement les créanciers chirographaires du mari et ses créanciers hypothécaires postérieurs au mariage, mais même ses créanciers hypothécaires antérieurs à la célébration.

Les courtes observations qui précèdent nous indiquent la division naturelle de notre sujet.

Nous aurons à rechercher quels étaient les droits du mari sur les biens dotaux : 1° dans les cinq premiers siècles de Rome, 2° aux VI^e^, VII^e^ siècles et commencement du VIII^e^, 3° dans la période de la loi Julia et 4° enfin, dans la législation de Justinien. D'où quatre chapitres :

Chapitre I. — Droit du mari sur les biens dotaux, pendant les cinq premiers siècles de Rome.

Chapitre II. — 2^e^ Période. — La dot devient restituable.

Chapitre III. — Période de la loi Julia.

Chapitre IV. — Législation de Justinien.

CHAPITRE PREMIER

DROIT DU MARI SUR LES BIENS DOTAUX PENDANT LES CINQ PREMIERS SIÈCLES DE ROME

Dans les premiers temps de Rome il existait deux sortes bien différentes de *justæ nuptiæ:* le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus* ou mariage libre.

Ces deux espèces de mariage ont-elles de tout temps coexisté, ou bien ne rencontre-t-on à l'origine que le seul mariage avec manus ? (1) C'est un point que, vu le silence des textes, il est assez difficile de préciser, et qui ne présente d'ailleurs, au point de vue de notre sujet, aucune importance. Tout ce que nous avons à rechercher à ce propos est de savoir si ces deux sortes de mariage comportent une dot, et quels sont les pouvoirs du mari sur cette dot. Pour cela nous aurons à envisager séparément, le mariage avec *manus* d'une part, et le mariage libre de l'autre.

Section I. — Mariage avec manus.

La *conventio in manum* fait tomber la femme sous la puissance absolue du mari. Elle entre dans la famille de ce dernier, devient la petite-fille de son beau-père, la fille de son mari et la sœur de ses enfants (Gaïus, I, § 114).

Le mari avait sur sa femme *in manu* les pouvoirs les

---

(1) Sur cette question : Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 113 ; Esmein, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain*, p. 3 et suiv. ; Marezol, *Droit privé des Romains*, traduction Pellat, p. 418.

plus absolus qui allaient jusqu'au droit de vie et de mort. « Le mari, dit Caton l'Ancien, est juge de sa femme; son pouvoir est sans limite; il fait ce qu'il veut. Si elle a commis une faute, il la punit; si elle a bu du vin, il la condamne; si elle a eu commerce avec un autre homme, il la tue ». Les effets de la *manus* sont donc identiques à ceux de la puissance paternelle et analogues à ceux produits par les pouvoirs du maître sur l'esclave. Cette opinion n'est cependant pas universellement admise. Ainsi M. Gide (1) enseigne que la *manus* diffère de la puissance domestique, de la *potestas*, dans son essence même, en ce sens que la dernière a pour objet la personne même de l'enfant ou de l'esclave, tandis que la première ne s'exerce que sur les biens, et ne confère, par elle-même, aucun droit sur la personne de la femme. Le mari a, il est vrai, des droits sur la personne de sa femme, mais il les tient du mariage lui-même et nullement de la *manus*.

Avec de tels pouvoirs sur la personne même de la femme, on comprend quels devaient être les droits du mari sur les biens. Tout ce que la femme possède, ce qui suppose qu'elle est *sui juris*, devient la propriété exclusive du mari (Gaïus, 2, § 98 et 3, § 83). Elle devient entre ses mains un instrument d'acquisition. Ce qu'elle peut acquérir par son travail, ce qu'elle reçoit par voie de donation ou de succession, tout appartient au mari.

Si, au moment de la *conventio in manum*, elle était *alieni juris;* elle passe alors, de l'autorité sous laquelle elle se trouvait placée, sous la puissance du mari, lequel acquiert ainsi sur sa personne les mêmes pouvoirs absolus que si elle eût été *sui juris*. Mais ici on ne peut plus dire que ses biens deviennent, comme dans l'hypothèse précédente, la propriété du mari, par cette simple mais excellente raison qu'étant *alieni juris*, elle ne possède, au moment du mariage, absolument rien, et ne peut, en conséquence, rien transmettre au mari.

---

(1) *Étude sur la condition privée de la femme,* p. 119 et suiv.

C'est alors au père à fournir la dot ; et cela est d'autant plus juste que la femme, sortant de sa famille, n'aura plus aucun droit à la succession paternelle. En la dotant, le père ne fait donc que lui donner, un peu plus tôt, il est vrai, des biens qu'elle aurait acquis plus tard par droit de succession. Mais une fois mariée elle devient comme dans l'hypothèse précédente, un instrument d'acquisition pour le mari.

Peut-on dire qu'on rencontre à proprement parler, une dot véritable dans le mariage avec manus ? C'est une question qu'il nous faut maintenant examiner.

La réponse n'est pas douteuse et ne présente pas d'ailleurs de grande difficulté quand, la femme étant *alieni juris*, le père lui a constitué certains biens. Nous sommes alors dans les termes mêmes de la définition de la dot, il y a libéralité faite par le père au mari pour subvenir aux besoins du ménage. « Ici, dit M. Gide (1), nous rencontrons, il faut le remarquer, non plus l'équivalent d'une dot, mais une dot proprement dite, c'est-à-dire une libéralité faite au mari au nom de la femme et en vue du mariage. C'est même probablement dans ces circonstances que la dot a trouvé sa plus ancienne application. »

Mais la solution n'est plus aussi certaine quand la femme était *sui juris* au moment de la *conventio in manum*, et une opinion considérable soutient qu'on ne peut pas voir dans ces biens dont l'entière propriété passe de la sorte au mari, une dot proprement dite. C'est ainsi que d'après M. Gide (2), il n'y a pas là une véritable dot, puisque la dot n'est qu'un don volontaire, tandis que dans notre cas, l'acquisition pour le mari n'est qu'une conséquence, et une conséquence forcée, de la *conventio in manum*.

On ajoute qu'on ne peut pas prétendre que les biens ainsi acquis par le mari sont réellement des biens dotaux,

---

(1) *Du caractère de la dot en droit romain*, p. 7.
(2) *Loc. cit.*, et *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 121.

puisque par définition, les biens dotaux s'opposent aux biens paraphernaux et que, dans le cas de mariage avec *manus*, l'existence de biens paraphernaux ne peut pas se concevoir.

Nous ne croyons pas qu'on doive se ranger à cette opinion. Pour nous ces biens dont le mari devient propriétaire par l'effet de la *manus*, constituent véritablement une dot. Nous en trouvons la preuve dans ce passage si souvent cité : *Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine* (1). La même idée est reproduite dans les *Fragmenta Vaticana* (N° 115).

De ce qu'il ne peut y avoir, dans le mariage avec *manus*, de biens paraphernaux, on ne peut pas conclure qu'il n'y a pas de dot. La femme qui apporte des biens en dot, ne doit pas forcément conserver des paraphernaux; en règle générale le montant de la dot est illimité, et une femme est parfaitement libre de se constituer tous ses biens sans exception ; dira-t-on encore que les biens qu'elle apporte ainsi au mari ne sont pas dotaux ?

Au surplus, si l'acquisition des biens de la femme par le mari n'est ici qu'une conséquence forcée de la *conventio in manum*, on peut dire qu'il y a au moins une sorte de dot tacite; et c'est ce qu'est obligé de reconnaître M. Gide lui-même. « Mais, dit-il, c'est tout au moins un équivalent de la dot, et l'on peut même, en s'attachant, moins à la nature de l'acte qu'à ses effets, y voir une sorte de dot tacite ». Du reste, les textes cités plus haut ne nous paraissent pas devoir laisser subsister aucun doute (2).

On peut donc considérer comme un fait certain que, pendant cette première période, dont nous nous occupons actuellement, le mariage avec *manus* comporte toujours une dot, peu importe que la femme ait été au moment de

---

(1) Cicéron, *Topiques*, 4.

(2) Accarias, Précis de droit romain, I, p. 771. — Pellat, *Textes sur la dot*, p. 1.

la *conventio in manum, sui* ou *alieni juris*. Mais en a-t-il toujours été ainsi, et, du jour où la dot devint restituable, put-on encore dire que les biens acquis au mari par l'effet de la *manus*, étaient encore réellement dotaux? En d'autres termes, ces biens devinrent-ils, comme toute dot, restituables une fois la *manus* dissoute? Examinons dès à présent, pour ne plus avoir à revenir sur le mariage avec *manus*, cette question dont la place logique serait plutôt dans le chapitre suivant.

Dans un premier système, on soutient que ces biens ne sont jamais susceptibles de restitution. On ne peut, disent les partisans de cette opinion, devenir débiteur, même éventuellement, d'une personne qu'on a en sa puissance. Celle-ci ne peut avoir aucun patrimoine; tout ce qu'elle pourra acquérir deviendra la propriété de celui en la puissance duquel elle se trouve; en d'autres termes si on imposait au mari l'obligation de restituer, il deviendrait son propre débiteur. On reconnaît cependant que s'il s'agit de biens constitués par un tiers, ce tiers a valablement pu en stipuler la restitution.

Dans un autre système qui nous paraît préférable, les biens acquis au mari par l'effet de la *manus* sont, comme tous les autres biens dotaux, susceptibles d'être restitués. Les mêmes raisons qui ont fait établir l'action *rei uxoriæ* subsistent toujours, que le mariage soit avec ou sans *manus*. Il importe toujours à la République que la femme puisse se remarier et, quand le mariage est dissous, elle mérite toujours la même protection. N'est-ce pas, au contraire quand, par la *conventio in manum*, elle a perdu tous droits de succession ou autres dans son ancienne famille, qu'elle mérite le plus d'être protégée? D'un autre côté, le père n'a-t-il pas toujours le même intérêt à reprendre, le cas échéant, les biens qu'il avait constitués en dot à sa fille?

Aucun texte ne permet de faire entre la dot proprement dite et ces biens acquis au mari par la *manus*, et qu'on appelle l'équivalent d'une dot, une distinction aussi sub-

tile qui ne repose sur rien et qu'aucune raison plausible ne vient justifier. Remarquons, d'ailleurs que, dans cette matière, il ne faut pas considérer seulement la bonne foi ordinaire, mais la plus grande équité, *quod æquiùs meliùs*.

Une autre preuve que les jurisconsultes romains n'ont jamais pensé à cette prétendue distinction, ou que s'ils y ont pensé, ce ne fut que pour la rejeter, c'est que, eux si précis en général et si scrupuleux dans le choix de leurs expressions, ont donné à l'action en restitution non pas le nom d'action dotale, mais celui d'action *rei uxoriæ*, voulant bien montrer par là qu'elle s'applique non seulement à la dot proprement dite mais encore à cet « équivalent de la dot » dont la propriété avait passé au mari par suite de la *conventio in manum*.

C'est du reste complètement à tort que quelques auteurs modernes ont cité M. Accarias, comme enseignant le premier système. Le savant auteur soutient, au contraire, la seconde opinion et il s'en explique ainsi : « Sans doute, nul ne peut être débiteur, même éventuellement, d'une personne qu'il a sous sa puissance. Mais pourquoi la dissolution même de la *manus* n'engendrerait-elle pas une obligation. Du reste, lorsqu'il s'agit de biens constitués à la femme par un tiers, ce tiers a pu aisément s'en assurer la restitution ou par une stipulation ou par un contrat de fiducie (1) ».

Quel que soit, d'ailleurs, le parti que l'on prenne sur cette question controversée, il n'en reste pas moins certain que le mari est réellement propriétaire des biens de la femme et qu'il peut faire à leur occasion, les actes qui sont l'apanage de tout propriétaire.

Section II. — Mariage libre.

Dans les premiers temps de la fondation de Rome, le mariage avec *manus* fut, sinon le seul, du moins de beau-

(1) *Op. cit.*, I, p. 771.

coup le plus fréquent. Mais, d'après le témoignage de Gaïus, il est certain que déjà à l'époque de la loi des XII tables, on rencontre à côté de lui, le mariage sans *manus*, ou mariage libre produisant également des effets civils. Ce dernier, très rare à l'origine acquiert une place de jour en jour plus prépondérante au détriment du premier, et finira bientôt, d'exception qu'il était, par devenir la règle générale (1).

Les effets produits par le mariage libre sont en complète opposition avec ceux du mariage avec *manus*. Ici la femme reste, quant à sa personne et quant à ses biens, absolument étrangère à son mari et à ses enfants. Autant la femme *in manu* était sous l'autorité absolue de son mari, autant la femme mariée sans *manus* est libre et indépendante. A l'état d'assujettissement profond où elle se trouvait, succède pour elle un état de liberté et d'indépendance presque sans limite.

Si, avant le mariage, elle était *sui juris*, elle reste après, libre de sa personne; elle garde la propriété de tous ses biens et peut en disposer comme bon lui semble. Si, au contraire, elle était *alieni juris*, elle reste soumise à la puissance de son *paterfamilias* et toutes les acquisitions qu'elle pourra faire, même après son mariage, profiteront non au mari, mais au père.

Le mari n'a donc aucun droit ni sur la personne ni sur les biens de sa femme.

Cette séparation complète des fortunes des deux époux était loin d'être en harmonie avec l'institution même du mariage. Elle n'était pas non plus équitable. C'est, en effet, au mari qu'incombe l'obligation de pourvoir à toutes les dépenses du ménage et tant à l'entretien de la femme elle-même que, surtout, à celui des enfants; il était souverainement injuste que la femme n'y participât point et n'apportât pas de quoi contribuer dans une mesure quel-

---

(1) Gide : *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 113 et s.

conque aux besoins du ménage dont elle allait augmenter les charges. La femme libre demeurait incapable de satisfaire au paiement de la dette naturelle que lui imposaient sa présence elle-même, l'augmentation de dépenses qui s'en suivait pour le mari, enfin la naissance de ses enfants. Le vœu de la nature était ouvertement méconnu, et c'est pour lui permettre de s'y conformer et d'y satisfaire, que fut organisé le système de la constitution de dot proprement dite.

Dans ce but, la femme *sui juris* mit de bonne heure à la disposition du mari, une certaine partie de sa fortune au moins. Elle payait ainsi sa quote-part dans les dépenses communes. Etait-elle encore en puissance, c'était le père qui fournissait au mari certains biens à titre de dot. Il y avait là pour lui, une obligation imposée par les mœurs. On regardait comme un déshonneur pour une jeune fille de se marier sans dot, et ce déshonneur rejaillissait sur le père. Une jeune fille sans dot trouvait difficilement un mari, elle était suivant l'expression bien caractéristique de Plaute : *illocabilis*.

Il n'y eut d'abord là pour le père qu'une obligation purement morale, mais bientôt la loi elle-même vint le forcer à doter sa fille. Ce fut Auguste qui le premier en fit une obligation légale et cette obligation d'abord imposée seulement au père, puis à l'aïeul paternel, fut ensuite étendue à la mère par les constitutions impériales. (Loi 14, C. — 5, 12). La dot était ainsi définitivement instituée. Outre le père ou l'ascendant paternel et la femme elle-même, toute personne pouvait faire à la femme une libéralité en vue du mariage; c'était la dot adventice.

Droit du mari sur les biens dotaux.

Dans la première période de la législation romaine, les droits du mari sur les biens dotaux sont faciles à déterminer; ce sont ceux d'un propriétaire. Tous les biens cons-

titués en dot, sans distinction, meubles comme immeubles, choses corporelles comme choses incorporelles, deviennent *de plano* la propriété du mari ; celui-ci aura donc sur ces biens exactement les mêmes pouvoirs que ceux qu'il a sur son propre patrimoine, c'est-à-dire qu'il aura le *jus fruendi*, *jus utendi*, et *jus abutendi*. (Lois 1 ; 7 § 3 ; 9 § 1 ; 85 *in fine* D — 23, 3).

Peu importe, d'ailleurs, que la dot ait été constituée par *datio*, *dictio* ou *promissio*. Si par ces deux derniers modes, la propriété de la dot ne lui est pas immédiatement transférée, le mari a au moins une créance qui lui permet de poursuivre le paiement des choses promises, et ce paiement est translatif de propriété tout comme la *datio*.

Ainsi le mari devient propriétaire absolu des biens dotaux, cela est incontestable et reconnu de tous ; il en acquiert la propriété définitive et incommutable, il n'aura jamais aucune restitution à en faire.

Ce dernier point a cependant été contesté, et certains auteurs ont prétendu que, même dans cette période que nous étudions, c'est-à-dire dans les cinq premiers siècles de Rome, le mari n'avait qu'une propriété temporaire et que, lors de la dissolution du mariage, il était toujours tenu de restituer la dot. En d'autres termes, même si la dot a été constituée par *datio*, elle n'est pas donnée au mari, elle ne lui est que prêtée. C'est la théorie qui a été présentée et soutenue par le grand jurisconsulte Doneau (1).

Pour notre part, nous croyons, conformément à l'opinion des auteurs modernes, que cette doctrine doit être écartée. Pour nous, pendant cette première période, la dot n'est pas temporaire, elle est perpétuelle : *Dotis causa perpetua est.*

Cette solution nous semble commandée de la façon la plus formelle par l'ensemble des textes de notre titre et notamment par le passage suivant d'Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, IV, 3) qui s'appuie, dit M. Gide, sur « l'autorité

(1) Doneau, Liv. XIV, ch. IV, 11 et 12.

d'un des plus savants et des plus anciens jurisconsultes de Rome, auteur d'un traité spécial sur la dot». « On rapporte que, durant les cinq premiers siècles de la fondation de Rome, il n'existait, à Rome et dans tout le Latium, ni actions ni stipulations *rei uxoriæ*, sans doute parce qu'il n'en était pas besoin, les mariages n'étant point alors rompus par les divorces. Servius Sulpicius dit aussi, dans son livre sur la dot, que la nécessité des stipulations *rei uxoriæ* ne se fit sentir que lorsque Spurius Carvilius... répudia sa femme ». L'auteur des Antiquités romaines vient encore à l'appui de ce système. « Romulus, dit-il, n'avait donné aucune action à la femme contre son mari, ni établi aucune loi pour la restitution de la dot ». Ce renseignement moins précis que le précédent, n'en a pas moins une très grande valeur.

C'est également en ce sens que se prononcent la majorité des romanistes modernes. Dans tous les cas, dit M. Gide (1), qu'il y ait mariage avec *manus* ou mariage libre, « les biens qu'il (le mari) acquérait avaient la même destination et devaient, par conséquent, être régis par la même loi. Dans tous les cas, il les acquérait sans restriction et sans réserve et, de quelque façon que le mariage vînt à se dissoudre, il n'avait pas à les restituer ». Puis un peu plus bas : « Les deux historiens (Aulu-Gelle et Denys d'Halicarnasse) s'accordent pour attester ce fait capital : c'est qu'il s'est écoulé toute une période durant laquelle l'institution de la dot existait déjà, tandis que l'action en restitution de dot n'existait point encore ». Ce droit de propriété absolu et définitif du mari sur les biens dotaux s'explique et se justifie d'ailleurs très aisément ; il ne présentait rien qui pût blesser l'équité ou la raison, et si on se reporte un instant à l'organisation primitive de la famille romaine, on voit que cette situation était absolument nécessaire.

---

(1) *Du caractère de la dot en droit romain*, p. 8.

Le droit de propriété du mari n'avait guère de résultats fâcheux à une époque où le divorce n'était pas entré dans les mœurs. Toutefois, bien que le premier divorce certain ne se soit produit qu'au VI^e^ siècle, il paraît qu'il a été, de tout temps, autorisé à Rome, au moins de la part du mari, sinon de celle de la femme. On ne trouve, en effet, aucun texte qui le prohibe. On peut donc poser l'hypothèse d'un mari répudiant sa femme. Il faut rappeler à ce sujet, qu'à Rome toute femme répudiée par son mari, était par le seul fait de cette répudiation, réputée coupable. De quel droit viendrait-elle alors se plaindre de ce que le mari garde la dot? Il n'y a là pour elle qu'une juste punition. Les mœurs corrigèrent, du reste, ce que la loi avait de trop rigoureux. C'est ainsi qu'il était d'usage qu'un conseil de parents décidât qu'une partie de la dot serait restituée par le mari à la femme.

Si maintenant nous supposons le mariage dissous par le prédécès de la femme, il est encore plus facile de justifier le droit qu'a le mari de conserver la dot: S'il y a des enfants issus du mariage, il est tout naturel, il est même de l'essence de la dot, que le mari la conserve; c'est sa destination propre. Comme, à cette époque, les enfants ne pouvaient pas succéder à leur mère qui, à part le cas de *manus*, n'était pour eux, aux yeux de la loi civile, qu'une étrangère, celle-ci n'avait, pour leur faire parvenir ses biens, que le seul moyen de les donner d'abord au mari; en venant à la succession de ce dernier, les enfants arrivaient ainsi à recueillir les biens de leur mère, après en avoir profité indirectement du vivant même de leur père. La femme ne pouvait leur laisser aucun bien, ni par donation, car, tant qu'ils étaient en puissance, ils ne pouvaient rien posséder, ni par testament, puisqu'elle ne pouvait pas tester, ni enfin *ab intestat*, puisqu'ils ne faisaient pas partie de la même famille civile qu'elle, et que ses biens allaient à ses plus proches parents dans sa famille paternelle à laquelle elle n'avait cessé d'appartenir.

C'est pour remédier aux inconvénients nombreux d'une semblable organisation de la famille, qu'on dut reconnaître de bonne heure, au mari, la propriété des biens dotaux. La femme les lui abandonnait dans l'espoir que les enfants en recueilleraient au moins une partie dans la succession de leur père, empêchés qu'ils étaient de venir à la sienne propre. C'était du reste, nous le répétons, en dehors de la *manus*, le seul moyen qu'elle avait à sa disposition pour laisser sa fortune à sa postérité.

Le mariage avait-il été stérile ? Etait-il donc inique de préférer à des collatéraux, dans la succession de la femme, le mari, « celui à qui la femme était restée unie jusqu'à sa mort par le plus intime et le plus sacré de tous les liens » ?

Enfin le mariage peut encore se dissoudre par le prédécés du mari. Le mariage a-t-il été contracté avec *manus* ? La femme vient à la succession de son mari dont elle est réputée être la fille. Elle prend donc dans cette succession une part d'enfant, et même, s'il n'y a pas d'enfants, elle recueille la totalité des biens et recouvre ainsi la propriété de ceux qu'elle avait apportés en dot. Dans un cas comme dans l'autre, il n'est donc pas à craindre qu'elle se trouve sans ressources, puisque même s'il y a des enfants, elle succède comme eux et pour une part égale. Elle n'aurait donc aucun droit à réclamer la restitution de sa dot.

Il est vrai que le mariage a pu être contracté sans *manus*, ce qui devint le cas le plus ordinaire. La femme n'a alors absolument aucun droit à la succession de son mari, elle ne peut prétendre absolument à rien. Mais, ici encore, la coutume vint de bonne heure corriger la loi dans ce qu'elle avait de trop rigoureux, en imposant au mari l'obligation de laisser à sa veuve une certaine somme ou certains biens par testament. Les bonnes mœurs étaient alors assez respectées pour tenir lieu de loi et rétablir ainsi l'équité. Voilà pourquoi il était d'usage que le mari léguât à sa veuve tout ou partie de la dot pour la mettre à l'abri du besoin. Cet usage était connu sous le nom de *legatum dotis*.

En admettant même que le mari ne laisse rien à sa femme, la condition de celle-ci ne sera pas plus mauvaise après la dissolution du mariage, qu'avant. Les héritiers du mari étant les enfants issus du mariage, ceux-ci auront la même obligation, qui incombait auparavant au mari : nourrir leur mère et pourvoir à son entretien. Cette obligation n'a pas, il est vrai, de sanction, elle est simplement morale, mais il en était déjà de même pour le mari à qui elle n'était imposée que par les mœurs. En résumé, les enfants auront donc à l'égard de leur mère les mêmes devoirs dont le mari était tenu envers elle. La dot conservera donc, entre les mains des enfants, sa véritable destination qui est de subvenir aux besoins de la famille (1).

Nous concluerons donc en disant que, durant cette première période de la législation romaine, le mari acquiert, sur les biens dotaux, une propriété définitive et incommutable; qu'il n'est, en principe, tenu d'aucune restitution. L'idée de dot et l'idée de restitution qui nous paraissent aujourd'hui devenues inséparables, se présentent à l'origine comme absolument indépendantes l'une de l'autre. Il y a là, à la vérité, un très grand danger puisque le mari peut à son gré dissiper la dot et en priver à jamais la femme et les enfants; mais ce pouvoir sans borne sur les biens se comprend, si l'on considère les pouvoirs absolus qui appartiennent au mari sur la personne de sa femme et de ses enfants, pouvoirs qui vont jusqu'à lui donner le droit de vie ou de mort.

---

(1) Pellat, *op. cit.*, p. 53. — Demangeat, *De la condition du fonds dotal*. p. 3 et suiv. ; Gide, *op. cit.*, p. 9.

CHAPITRE II.

DEUXIÈME PÉRIODE. — LA DOT DEVIENT RESTITUABLE.

Dès le commencement du VI^e^ siècle, les mœurs simples et sévères des premiers temps disparaissent, leur antique et légendaire austérité fait place à la légèreté et à la débauche ; le luxe, la mollesse et la dépravation pénètrent dans Rome. En l'an 522, Spurius Calvirius Ruga répudie sa femme, et cet exemple n'est malheureusement que trop suivi. Les divorces, jusqu'alors si rares et comme inconnus, augmentent dans des proportions effrayantes. Le mariage devient un trafic honteux ; on se marie pour avoir de l'argent, et une fois en posession de la dot, on répudie la femme, assuré que l'on est de conserver les biens. Les répudiations deviennent en quelque sorte une épidémie qui épargne peu de familles ; et bientôt le droit de demander le divorce, d'abord privilège du mari, finit par appartenir à la femme elle-même.

Pour remédier à ces inconvénients, il fallait trouver le moyen de forcer le mari, en cas de divorce, à restituer la dot. S'il n'y a plus alors de lien moral entre les époux, il y aura au moins, pour faire subsister le mariage, un intérêt pécuniaire ; et le mari, devant la nécessité où il se trouvera de rendre les biens qu'il aura reçus, et qui formera comme une condition indispensable du divorce, sera amené à réfléchir avant de divorcer.

Dans ce but, la loi avait d'abord commencé par infliger des peines pécuniaires au mari, quand il répudiait sa femme sans un motif avouable et juste ; mais ce remède était insuffisant, il fallait donner à la femme d'autres garanties. Tel fut le but des stipulations qui bientôt intervinrent entre époux au moment de la célébration du ma-

riage et par lesquelles le mari promettait, en cas de divorce, de restituer tout ce qu'il pourrait recevoir en dot.

A côté de cette première raison toute d'humanité et d'équité, il y en avait une autre plus importante encore aux yeux des Romains : l'intérêt de la société, de l'État. Par suite des guerres et des proscriptions sans nombre, la population romaine était considérablement diminuée. De là cette foule de lois, impuissantes d'ailleurs, encourageant par tous les moyens au mariage et punissant, de peines très sévères, le célibat. Or, on sait qu'une femme sans dot ne comptait pas, qu'elle était *illocabilis*.

A ce point de vue encore il fallait donc, pour donner à toute femme divorcée la possibilité, ou au moins la facilité plus grande de trouver un nouveau mari et de donner ainsi des enfants à l'État, lui assurer, en cas de divorce, la restitution de tous les biens qu'elle avait apportés en dot à son précédent mari. C'est ce que nous dit le jurisconsulte Paul : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (Loi 2, D—23, 3). Pomponius exprime encore la même idée dans la loi 1, D—24, 3.: *Nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse fœminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*

C'est sous l'influence de cette maxime, inconnue assurément aux Romains des premiers siècles, puisque les seconds mariages, loin d'être encouragés, étaient réprouvés par les mœurs, que s'introduisit dans la jurisprudence l'obligation de restituer la dot (1).

D'après le témoignage d'Aulu-Gelle, l'action qu'on accorda, à cet effet, à la femme fut d'abord introduite pour le cas de divorce seulement : *Tunc primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas, quum Spurius Carvitius Ruga, vir nobilis, divortium cum uxore fecit.*

---

(1) Gide, *op. cit.*, p. 12, texte et note 3.

On prit d'abord l'habitude de stipuler, au moment de la réception de la dot, que le mari la rendrait en tout ou en partie en cas de divorce. Le mari promettait dans les termes suivants, rapportés par un commentateur de Cicéron : *Dos interdum, his conditionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori.* Si alors le mariage venait à être rompu par le divorce, on recourait, pour savoir ce que le mari devait garder et ce qu'il devait rendre, à un conseil de parents, analogue à celui que nous avons déjà rencontré dans le chapitre précédent à propos d'une hypothèse semblable, et ce conseil se prononçait d'après le *quod æquiùs meliùs.*

Les avantages de cette promesse étaient tels que la jurisprudence finit par la sous-entendre quand les parties l'avaient omise, quand, par déférence pour son mari ou pour tout autre motif, la femme n'avait rien stipulé au moment de la constitution de dot. C'était la restitution légale se substituant à la restitution conventionnelle. Il fallait donner à la femme les moyens d'obtenir cette restitution si le mari s'y refusait; ce fut l'objet de l'action *rei uxoriæ.*

Obliger ainsi les maris qui répudiaient leurs femmes à leur restituer les biens dotaux dont l'acquisition était devenue, comme nous l'avons vu, la véritable cause, le seul mobile du plus grand nombre des mariages, était donc, non seulement mettre dans une certaine mesure un frein à la progression toujours croissante des divorces, mais aussi et surtout faciliter les seconds mariages et porter ainsi remède, nous le répétons, à la diminution considérable que la guerre civile et les proscriptions avaient fait subir à la population romaine.

La restitution, obligatoire d'abord pour le cas de divorce seulement, fut ensuite exigée dans le cas de prédécès du mari. L'origine de cette extension vient de l'usage ancien qui faisait un devoir au mari de laisser quelque chose à sa femme par testament pour la mettre à l'abri du

besoin. La jurisprudence, par analogie de motifs, accorda à la femme l'action *rei uxoriæ* pour le cas où le mari ne se conformerait pas à ce devoir. Cela ressort des dispositions de l'édit *de alterutro* d'après lequel la femme devait opter entre le legs qui lui était fait et l'action *rei uxoriæ*, et ne pouvait en aucun cas recueillir le legs et exercer en même temps son action. L'édit ne visait que l'action *rei uxoriæ* ; si, comme nous le verrons plus tard, la femme pouvait user de l'action *ex stipulatu*, le cumul était possible.

Ce ne fut que sous Justinien que l'action *rei uxoriæ* fut étendue, en cas de prédécès de la femme, au profit de ses héritiers.

Le mari doit donc restituer la dot ; mais pour savoir quand et comment il doit la restituer, il faut distinguer la dot adventice d'une part et la dot profectice de l'autre. La restitution de la dot adventice n'a lieu qu'en cas de divorce ou de prédécès du mari, car cette dot, constituée d'après sa définition même, soit par la femme, soit par un tiers autre que le père ou l'ascendant paternel, a pour but de gratifier aussi bien le mari et les enfants, que la femme elle-même. La mort de cette dernière ne doit donc pas priver le mari d'un avantage qui a été accordé surtout en vue des besoins du ménage, puisque ces besoins n'en subsistent pas moins malgré cette mort.

En cas de prédécès de la femme, on ne voit donc aucun intérêt à ce que la dot soit restituée ; ses héritiers n'auront donc aucune action contre le mari.

Mais il en était autrement si, au lieu d'être adventice, la dot était profectice. Le père qui avait constitué la dot pouvait en exiger la restitution si le mariage venait à se dissoudre par le prédécès de la femme, à la condition toutefois qu'il n'existât pas d'enfants issus du mariage. On pouvait comprendre en effet que si un père avait voulu faire des avantages au mari de sa fille, c'était seulement pour la durée du mariage, l'avantage était fait, moins au mari qu'à la femme ; il était donc permis de supposer,

qu'une fois sa fille morte, le père ne devait pas entendre laisser les biens dotaux au mari, qu'il se préférait à ce dernier et n'avait pas eu l'intention de gratifier le mari à ses propres dépens. Il fallait donc lui permettre, comme le fit la loi, de reprendre à défaut d'enfants, les biens par lui donnés en dot, et pour cela lui reconnaître la faculté d'exercer l'action *rei uxoriæ*. D'un autre côté, sachant qu'il pourrait, le cas échéant, recouvrer les biens faisant l'objet de sa libéralité, il était plus disposé à constituer une dot à sa fille et surtout à lui en constituer une plus forte. C'était encore faciliter le mariage. Ainsi se motivait la différence que nous venons de signaler entre la dot adventice et la dot profectice, au point de vue de leur restitution. Ajoutons, à titre de simple mention, la raison un peu naïve que nous indique Pomponius dans la loi 6. D — 23,3 ainsi conçue : le droit est venue au secours du père, en lui accordant comme consolation, après la mort de sa fille, la restitution de la dot provenue de lui, afin qu'il ne souffrît pas tout à la fois la perte de sa fille et celle de sa fortune. *Ne et filiæ amissæ, et pecuniæ damnum sentiret.*

Qu'il s'agisse de dot adventice ou de dot profectice, on conçoit très bien qu'en cas de dissolution du mariage par le divorce ou par le prédécès du mari, les biens dotaux doivent être restitués ; il y a à cela les mêmes raisons d'équité que nous avons déjà mentionnées. Il faut que la femme recouvre sa dot pour subvenir à son entretien, faire face à ses besoins et surtout pouvoir se remarier plus facilement (Loi 72, D — 23,3 et Loi 1, D — 24,3).

L'action *rei uxoriæ* ne figure ni dans l'énumération des actions de bonne foi que nous a laissée Cicéron, ni dans celle de Gaïus (IV, § 62) ; aussi ne faut-il admettre que sous bien des réserves, l'assimilation qui est faite de cette action avec les autres actions de bonne foi par les Institutes. L. 4, T. 6 *de actionibus* § 29. *Fuerat antea et rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis.* Notre action est plus qu'une action de bonne foi, elle est *in bonum et*

æquum concepta, elle appartient à un petit groupe d'actions exceptionnelles, groupe qui se compose de l'action *rei uxoriæ*, de l'action d'injures, de l'action *sepulchri violati*, et de l'action *de effusis*. Deux particularités forment les caractères distinctifs de ces actions. 1° Le juge y jouit d'un pouvoir d'appréciation beaucoup plus étendu que dans les actions de bonne foi, où il est encore lié par les usages du commerce. « Si donc, fait observer un jurisconsulte allemand, la somme n'est pas fixée par le préteur, mais par la nature du litige, il faut admettre que deux juges, également expérimentés, devront fixer le même chiffre. Ici le juge n'est lié ni par le préteur ni par l'objet de la demande ; son indépendance est tellement illimitée, qu'il est possible que deux juges, également intègres, également éclairés, fixent différemment le montant de la condamnation » (1). 2° Ces actions sont individuelles et intransmissibles ; elles sont attachées à la personne physique et ne se perdent pas par la *capitis deminutio* de celui à qui elles appartiennent (2).

La formule de l'action *rei uxoriæ* ne nous est pas parvenue; nous savons seulement par Cicéron qu'elle contenait les mots *quod æquius melius*.

Le montant de la restitution n'est pas déterminé, il est fixé souverainement par le juge qui condamne le mari à restituer *quod æquius melius*. Plus tard, une loi inconnue vint fixer la partie de la dot que le mari pourrait retenir ; ce sont les *retentiones* (Ulpien T. VI, § 9). Ce droit de retenue fut d'abord très limité et subordonné à la dissolution du mariage par l'effet du divorce demandé contre le mari ; on l'étendit ensuite à toutes les hypothèses.

Action ex stipulatu. — L'action *rei uxoriæ* n'était souvent qu'un remède peu efficace et bien insuffisant, car comme nous l'avons vu quelques lignes plus haut, elle était personnelle et intransmissible, d'un autre côté elle

---

(1) Savigny, *op. cit.*, p. 91
(2) Gide, *op. cit.*. p. 19 et suiv.

avait le grave inconvénient de laisser au juge un trop large pouvoir d'appréciation, qui lui permettait d'avoir suivant son caractère, ses goûts et son tempérament, plus ou moins d'égards pour la légitime réclamation de l'épouse. Aussi en vint-on bien vite à stipuler, dans la grande majorité des cas, la restitution de la dot elle-même à la dissolution du mariage. Le peu de durée du mariage, puisqu'on ne se mariait que pour divorcer au plus vite, fit de cette stipulation une clause habituelle. On ne se servait plus des mots *quod æquius melius* mais des termes de la stipulation; les *cautiones* ne réservaient plus au juge, comme dans l'action *rei uxoriæ*, le pouvoir absolu et souverain d'appréciation dont nous avons parlé ; c'étaient de précises et rigoureuses stipulations, de sorte que le mari devenait réellement débiteur de la dot, exactement comme si la femme la lui avait seulement prêtée.

L'action *ex stipulatu* procurait à la femme des avantages bien plus sérieux et plus considérables que l'action *rei uxoriæ*, car elle était transmissible et exempte de toute retenue, une action de droit strict en un mot. Aussi de telles stipulations devinrent-elles bientôt générales et finirent-elles même par être sous-entendues quand elles avaient été omises.

Les principales différences qui séparent l'action *ex stipulatu* de l'action *rei uxoriæ* sont les suivantes :

L'action *rei uxoriæ* n'appartient pas aux héritiers ; l'action *ex stipulatu* est au contraire transmissible.

La première ne peut être exercée que par la femme ou par son père avec son consentement, *adjuncta filiæ persona* ; la seconde peut l'être suivant les règles ordinaires.

La première est plus que de bonne foi ; la seconde est de droit strict.

Poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, le mari peut exercer certaines retenues, *retentiones ;* il ne le peut pas lorsqu'il est poursuivi par l'action *ex stipulatu*.

Il jouit dans un cas de certains délais pour restituer la dot et peut opposer le bénéfice de compétence ; ces droits ne lui sont pas reconnus dans l'autre.

Au moyen de l'action *rei uxoriæ* la femme ne recouvre qu'une certaine partie de sa dot *quod æquius melius*; par l'action *ex stipulatu,* elle reprend tout ce qui a été stipulé.

Enfin la femme qui recueille le legs que son mari a pu lui laisser, ne peut, en vertu des dispositions de l'édit *de alterutro*, exercer en même temps la reprise de sa dot au moyen de l'action *rei uxoriæ*; elle doit opter entre ces deux facultés. Avec l'action *ex stipulatu*, au contraire, elle peut les cumuler.

Après avoir existé pendant longtemps l'une à côté de l'autre, ces deux actions devaient être fondues en une seule par Justinien dans sa célèbre Constitution de l'an 530 qui forme la loi unique au Code 5, 13.

« Ainsi disparut l'ancienne action *rei uxoriæ*; en la remplaçant par une *condictio*, Justinien ne fit que suivre l'usage ; et quelque importante que fût en théorie cette réforme qui rendait la dot temporaire et faisait de la *datio dotis* un simple prêt, il est fort probable qu'en pratique elle passa presque inaperçue. » (1)

De la propriété des biens dotaux.

Dans la première période, avons-nous vu, le mari acquiert la propriété définitive et incommutable de la dot. Dans cette seconde période que nous étudions, il n'en est évidemment plus propriétaire à perpétuité, puisque, en règle générale, il arrive toujours un moment où il sera tenu de la restituer, soit en totalité, soit au moins partiellement. Mais cette obligation de restituer imposée au mari, n'a-t-elle pas porté une grave atteinte à son droit de propriété lui-même, ou pour mieux dire, ne l'a-t-elle pas complètement supprimé ? Ne doit-on pas en conclure que le véritable propriétaire des biens dotaux est réellement

(1) Gide, *op. cit.*, p. 31.

la femme, et que le mari n'est plus désormais qu'un administrateur ordinaire, un simple mandataire ?

Ainsi apparaît pour la première fois une des questions les plus importantes et aussi les plus controversées du Droit romain, la question de la propriété de la dot dans les détails de laquelle nous aurons à entrer un peu plus loin. Qu'il nous suffise pour le moment de dire que, comme nous le verrons, l'obligation future imposée au mari de restituer la dot n'est pas le moins du monde incompatible avec l'idée même de propriété.

CHAPITRE III

LOI JULIA

La seule restriction qui, jusqu'au VIII[e] siècle, ait été apportée aux pouvoirs du mari sur les biens dotaux, était donc l'obligation imposée à celui-ci, de restituer la dot à la dissolution du mariage. La femme avait, pour faire valoir son droit de créance, soit l'action *rei uxoriæ*, soit l'action *ex stipulatu*. Mais cette restriction déjà insuffisante en théorie pouvait être considérée comme absolument inefficace et nulle en pratique.

Maître des biens dotaux, le mari pouvait les aliéner et les hypothéquer sans le consentement et même contre le gré de la femme, il pouvait les dissiper selon son bon plaisir, et ainsi compromettre ou même annihiler le droit de celle-ci à la restitution. A la dissolution du mariage, les biens dotaux ne se trouvant plus entre les mains du mari, la femme n'avait plus que le droit de réclamer une indemnité, et ce droit lui-même était réduit à néant en cas d'insolvabilité.

C'est pour remédier à ces inconvénients, pour prévenir les abus du pouvoir du mari et sauvegarder les intérêts de la femme, que fut portée sous Auguste la *loi Julia*. *Hæc lex*, nous dit Ulpien, *lata est a divo Augusto*. Loi 1, D — 48, 5 — Paul L. 2, Tit. 21, § 2. C'était toujours la même idée qui avait inspiré la maxime : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere*.

Cette loi Julia *de fundo dotali* ne fait qu'une avec la loi Julia *de adulteriis* ; de nombreux textes le prouvent. Paul le dit expressément (Loi 1, D, 23, 5) et dans la loi 13 au même titre, Ulpien, dont ce passage est tiré de son livre V *de adulteriis*, parle du *prædium dotale* auquel s'applique la prohibition de la loi.

Comment expliquer la présence dans une même loi de deux dispositions qui semblent bien n'avoir entre elles aucun rapport? Nous n'avons pas ici à entrer dans les détails de cette question et à examiner les différentes explications qui en ont été proposées, Voici celle qui nous paraît la plus vraisemblable. La loi Julia, comme tant d'autres de la même époque, a eu pour but d'encourager les Romains au mariage.

« C'est à peine en effet si on se mariait ; la corruption des mœurs, la soumission des femmes esclaves, l'égoïsme produit par les malheurs publics, avaient dégoûté les Romains du mariage... La cité, dépeuplée par la guerre et les proscriptions, était menacée de se dépeupler encore plus par le mépris de l'institution qui donne des citoyens à l'Etat. » (1)

Par la loi qui nous occupe actuellement, d'une part, pour protéger les hommes contre les mœurs déréglées des femmes, on promet au mari une répression sévère de l'adultère ; de l'autre, pour qu'une femme veuve puisse trouver plus facilement à se remarier, on lui donne le droit de s'opposer à l'aliénation que le mari pourrait consentir du fonds dotal, et on lui assure ainsi la restitution de sa dot *propter quam nubere possit.*

« D'une part, l'homme contractera plus volontiers une union dont la femme ne sera plus maîtresse de se faire un jeu ; d'autre part, la femme, qui peut-être ne trouverait pas de mari si elle n'apportait pas une dot, ne sera point détournée du mariage, par la nécessité de confier au mari tout ou partie de ses biens, lorsqu'elle aura la certitude que du moins les immeubles ainsi confiés ne pourront pas être transmis à des tiers si elle-même n'y consent. Voilà comment je rattache à une seule et même idée (pousser au mariage les hommes et les femmes), les deux ordres de dispositions que contient la loi Julia *de adulteriis.* » (2)

---

(1) Troplong, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 171.

(2) Demangeat, *op. cit.*, p. 61.

Nous n'avons pas à rechercher quelles étaient les différentes mesures prises par cette loi pour réprimer et punir l'adultère. Occupons-nous seulement de ses dispositions concernant le fonds dotal.

Dispositions de la loi Julia. — Notre loi interdit au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de la femme (Paul. L. 2. Tit. 21, § 2. — Gaïus, 2,63). Bien que le texte officiel ne nous soit point parvenu, il n'en est pas moins certain que la prohibition d'aliéner, ne s'appliquait primitivement qu'au mari (Loi. 4 D. — 23,5). Mais cette règle fut étendue à d'autres personnes. Ainsi Julien décide que l'interdiction édictée pour le mari est applicable au fiancé. L'inaliénabilité pouvait donc exister avant le mariage ; par contre elle pouvait lui survivre et durer jusqu'au jour de la restitution effective de la dot (Loi 12, pr., D. — 23,5). L'interdiction s'appliquait aussi à l'héritier du mari, auquel le fonds dotal était transmis, l'héritier ne pouvant avoir plus de droits que son auteur lui-même (Loi 1, § 1, D. — 23,5). Enfin la jurisprudence enleva au *paterfamilias* le droit de disposer du fonds dotal dont le mariage de son fils en puissance l'avait rendu propriétaire.

Quant à la défense d'hypothéquer, même avec le consentement de la femme, nous verrons qu'elle résulte non de notre loi, mais bien plus probablement des principes du Sénatusconsulte Velléien.

La loi Julia ne s'applique qu'aux immeubles. — La loi Julia interdit au mari l'aliénation des immeubles dotaux, mais il faut prendre ce mot dans son sens le plus large. *Lex Julia*, nous dit Gaïus, *plenius interpretanda est* (Loi 4, D. — 23,5), et la loi 1, C. — 5,23 ajoute : *Est autem alienatio, omnis actus per quem dominium transfertur.* Toute aliénation du fonds dotal est donc prohibée, qu'elle soit à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, totale ou partielle directe ou indirecte c'est-à-dire résultant de l'usucapion ou de la prescription *longi temporis* (Lois 5, 6 et 16, D.— 23,5).

Tout acte qui transfère la propriété à un tiers est par cela même interdit au mari. Cette prohibition frappe les immeubles ruraux comme les immeubles urbains, peu importe que le mari en ait le *dominium ex jure Quiritium* ou qu'il en ait seulement l'*in bonis* et même la possession de bonne foi. Il ne peut concéder une servitude sur le fonds dotal, ou faire l'abandon de droits réels actifs, vendre à un tiers l'usufruit, concéder à un voisin un droit de passage ou d'aqueduc.

Peu importe aussi que le fonds ait été constitué en dot par la femme elle-même ou par un tiers ; il suffit qu'il ait été donné au mari à titre de dot et même qu'il ait été acquis par lui à l'occasion d'une chose dotale ; « par exemple, si des immeubles ont été donnés ou légués à un esclave dotal, ou s'il s'en trouve dans une succession à lui dévolue, ils deviennent dotaux et inaliénables. » (Loi 14, § 1, D. — 23,5. — Loi, 3. p., D. - 23,5).

Mais si, comme le dit Gaïus, la loi Julia *plenius interpretanda est*, il ne faut cependant pas l'étendre à des cas qu'elle n'a pas prévus. Ainsi elle ne s'applique pas aux meubles; cela résulte de nombreux textes ainsi que des intitulés de deux titres du Digeste et du Code: *De fundo dotali*. Gaïus (2 § 63) parle d'un *prædium dotale*, et Justinien (Inst. Liv. 2. Tit. 8, pr.) se sert des mots: *res soli*, toutes expressions qui excluent assurément les choses mobilières.

Le mari continue donc à exercer sur les meubles dotaux, les mêmes pouvoirs absolus qui lui appartenaient antérieurement à la loi Julia. Une autre preuve, c'est que le mari pouvait affranchir les esclaves dotaux comme les siens propres. *Servum dotalem vir... constante matrimonio manumittere potest* (Loi 21, D. — 40,1). Or on sait que les exclaves étaient, aux yeux des Romains, les meubles de beaucoup les plus précieux, et si le mari pouvait ainsi en disposer, à plus forte raison pouvait-il disposer des autres moins importants.

Le mari a également la libre disposition des créances

dotales (Lois 35 et 49, D. — 23,3). Peut-être faut-il faire une exception pour les créances qui ont pour objet des immeubles.

La loi Julia n'interdit pas toute espèce d'aliénations d'immeubles. — Cette loi ne s'applique pas aux aliénations forcées. Ainsi une maison dotale menace ruine et sa chute causera un certain préjudice au voisin; le mari refuse de donner la caution *damni infecti*; le voisin pourra valablement être mis en possession, puis, si la mauvaise volonté du mari persiste, il sera déclaré propriétaire *in bonis* de la maison, enfin, par l'usucapion il acquerra la propriété quiritaire. Il n'y a pas là d'aliénation volontaire. Cette hypothèse est prévue et résolue dans le sens que nous indiquons par la loi 1, pr. D. — 23,5 ainsi conçue : *Interdum lex Julia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædii, deinde jussus sit possidere : hic enim dominus vicinus fit : quia hæc alienatio non est voluntaria.*

Un fonds dotal est indivis entre le mari et des tiers. Le partage ne pourra pas être demandé par le mari parce que, cette opération étant à Rome translative de propriété et non simplement déclarative, comme dans notre droit actuel, il y aurait aliénation du fonds dotal, aliénation voulue par lui. Au contraire, le partage peut être demandé contre lui par un co-propriétaire. Ici encore il y a bien aliénation, mais aliénation inévitable et forcée au sujet de laquelle la volonté du mari n'est pour rien. *Mariti qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari* (Loi 2, C. — 5,23 et Loi 78, § 3, D. — 23,3).

La loi Julia ne s'applique pas, comme nous le verrons plus loin, aux fonds provinciaux.

Elle ne fait pas obstacle à une aliénation *per universitatem*; le fonds dotal compris dans une telle aliénation est valablement aliéné. Cela se présente par exemple, en

cas de mort du mari, de chute en esclavage, de déportation, etc... Mais il passe à l'ayant-cause du mari, même si cet ayant-cause est le fisc, avec sa qualité antérieure, c'est-à-dire qu'il reste inaliénable. *Sed et per universitatem transit prædium, secundum quod possibile est, ad alterum: veluti ad heredem mariti: cum suo tamen jure, ut alienari non possit* (Loi 1, § 1, D. — 23,5 et loi 2 au même titre).

La vente d'un fonds dotal n'est interdite au mari qu'autant que celui-ci agit seul. Si la femme donne son consentement, la vente de tout immeuble dotal devient alors possible, elle est parfaitement valable.

La loi Julia ne fait pas non plus obstacle à l'usucapion du fonds dotal, quand cette usucapion a commencé avant que le fonds ne soit frappé de dotalité. Cela tient à ce que pour les Romains il n'y avait que la perte de la possession qui pût interrompre la prescription; ils ne connaissaient pas l'interruption civile. Toutefois, dès lors qu'il est devenu *dominus dotis*, le mari doit agir pour se faire restituer la possession de l'immeuble en train d'être usucapé, et s'il ne l'a pas fait, il devient responsable vis-à-vis de la femme et doit réparer le préjudice que lui cause la perte de cet immeuble. Il en est néanmoins autrement, s'il n'a pas eu le temps moralement nécessaire pour agir contre le possesseur, par exemple, si l'usucapion venait à être accomplie quelques jours seulement après le mariage; dans ce cas, en effet, il n'y a aucune faute de sa part, aucune négligence à lui reprocher. *Plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito* (Loi 16, *in fine*, D.— 23,5).

Quant à l'usucapion qui commencerait seulement pendant le mariage, elle ne peut produire aucun effet.

Enfin, notre loi ne vise que les immeubles constitués en dot sans estimation. Le mari est devenu, comme tout acheteur, propriétaire des immeubles estimés, il doit donc toujours pouvoir les aliéner. Du reste, ces biens ne sont

pas réellement dotaux, ce qui est dotal, on ne saurait trop le répéter, c'est le prix d'estimation; rien donc que de très naturel à ce que l'inaliénabilité ne les frappe pas. Le fonds non estimé, nous dit Justinien, est le seul qui soit véritablement dotal. *In fundo autem non œstimato, qui et dotalis proprie nuncupatur...* (Loi unique, § 15, *in fine*. C. — 5,13). Si cependant l'estimation ne vaut pas vente, si elle a été faite simplement *taxationis causa*, ce n'est plus alors le prix d'estimation qui est dotal, mais bien l'immeuble lui-même; il y a alors réellement un *prædium dotale*, et le mari ne peut pas, par application des dispositions de la loi Julia, l'aliéner sans le consentement de sa femme.

Sanction de la loi Julia. — Toute aliénation faite contrairement aux règles que nous venons de rappeler, est nulle. *Cum vir prædium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet* (Loi 42, D — 41,3). La femme, dit encore Papinien, peut *venditionem irritam facere* (Loi 77, § 5, D — 31). Celui qui se rend acquéreur d'un immeuble dotal ainsi aliéné par le mari sans le consentement de la femme, n'en devient jamais propriétaire, il peut toujours être évincé par l'effet de l'action en revendication, qu'il soit ou non de bonne foi.

Mais à quel moment cette action en revendication peut-elle être intentée et par qui peut-elle l'être? Un premier point est certain. Si, en se constituant ses biens en dot, la femme en a expressément stipulé la restitution pour le cas de dissolution du mariage, il est de toute évidence que l'aliénation est nulle, et cela immédiatement, car la femme a, à cette nullité, un intérêt actuel au sujet duquel aucun doute ne peut s'élever. Dans ce cas, l'action en revendication peut donc être intentée pendant le mariage, nous verrons dans un instant par qui.

Mais que décider dans le cas où il n'y a eu aucune stipulation? Le doute vient de ce que la femme n'a pas, dès le moment même de l'aliénation, un intérêt bien évident à en

faire prononcer la nullité. Ne sachant comment le mariage pourra être rompu, on ne sait même pas s'il y aura lieu à restitution. Pourquoi alors permettre de faire annuler une vente que plus tard on sera peut-être forcé de déclarer valable, si, par exemple, le mari garde la dot ?

Nous croyons avec M. Accarias (I, n° 314 p. 783) que, même dans ce cas, la revendication immédiate est possible ; seulement si dans la suite, la dot n'est pas restituée, le tiers acquéreur ou bien retiendra l'immeuble, s'il l'a encore en sa possession, ou bien, dans le cas contraire, il le revendiquera à son tour contre le mari. *Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit : si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emptori avelli non potest.* Loi 17, D — 23,5 et loi 42, D, 41,3.

Si maintenant nous nous demandons à qui appartient l'exercice de l'action en revendication, la réponse ne nous paraît pas douteuse, pendant la durée du mariage tout au moins. C'est le mari qui est propriétaire, c'est donc à lui qu'appartient l'exercice de toutes les actions relatives aux biens dotaux, c'est lui seul, par conséquent, qui pourra revendiquer l'immeuble aliéné à tort. Cette solution qui nous semble s'imposer d'elle-même, a cependant été contestée. On a soutenu que, la loi n'ayant eu en vue que l'intérêt de la femme, toute aliénation du fonds dotal était bien nulle à son égard, mais qu'à l'égard du mari elle était parfaitement valable et qu'en conséquence celui-ci n'était pas recevable à intenter la revendication.

Cette opinion est aujourd'hui repoussée avec grande raison par la majorité des auteurs. Tant que dure le mariage, le mari peut revendiquer, car la vente étant déclarée nulle par la loi (Loi 42, D — 41,3) et le mari n'ayant pas pu *jure civili* transférer la propriété, il est resté propriétaire. Du reste, permettre ainsi au mari de revendiquer pendant la durée du mariage, est en réalité de l'intérêt bien compris de la femme ; ce n'est, en somme, qu'une protection de plus qu'on lui accorde, car on prévient de la

sorte les détériorations que le tiers acquéreur pourrait faire subir à l'immeuble s'il continuait à en avoir la possession. Il y a donc bien là, comme on le veut, une mesure prise dans l'intérêt même de la femme.

Quant à celle-ci, il résulte de ce que nous venons de dire et par *a contrario* que, pendant l'existence du mariage, elle ne pourra pas exercer l'action en revendication. Et cela est très logique puisqu'elle n'a aucun droit de propriété pendant cette période. Certains auteurs qui refusent, comme les partisans du système que nous avons repoussé, la revendication au mari, l'accordent au contraire à la femme, même pendant le mariage.

Après la dissolution du mariage, que faut-il décider? Le motif même qui a inspiré la loi Julia conduit à décider que la femme aura alors l'exercice de l'action en revendication; sinon à quoi lui servirait la règle de l'inaliénabilité ? Elle n'aurait alors, pour toute ressource, que l'action *rei uxoriæ* et le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers chirographaires du mari, droit dérisoire si le mari était insolvable. Elle se trouverait dans la même situation que pendant la deuxième période, c'est-à-dire qu'en réalité le mari pourrait encore dissiper la dot, et que, étant lui-même insolvable, la femme se verrait irrémédiablement privée des biens qu'elle avait apportés en dot. Tel n'est évidemment pas le résultat auquel notre loi a pu vouloir aboutir; son but est, au contraire, d'assurer les droits de la femme, de lui accorder une garantie de plus en édictant la nullité de toute vente d'immeubles dotaux consentie par le mari seul. Il faut qu'une fois le mariage dissous, la femme puisse exercer elle-même l'action en revendication. Nous verrons, du reste, que cette faculté qui lui est ainsi reconnue, n'implique pour elle aucun droit de propriété pendant le mariage (1).

---

(1) Labbé, Appendice IV, au livre IV de l'explication des Instituts d'Ortolan, III, p. 935.

De la propriété des biens dotaux

La loi Julia a-t-elle donné à la femme un droit de propriété ou de copropriété sur les biens dotaux ? Nous retrouvons ici la question que nous avons déjà rencontrée dans le chapitre précédent : Qui est propriétaire de la dot ?

Cette question de la propriété des choses dotales est assurément une de celles qui ont le plus divisé les commentateurs des lois romaines. Il nous faut maintenant entrer à ce sujet dans quelques détails.

Pendant les cinq premiers siècles de Rome, le mari acquiert la propriété définitive et incommutable de la dot. Ce premier point n'est contesté par personne. Mais lorsque, à la suite de l'apparition du divorce, on eut imposé au mari l'obligation de restituer la dot, lorsque la loi Julia eut interdit au mari le droit d'aliéner les immeubles dotaux, il était permis de dire que celui-ci n'avait plus qu'une propriété restreinte, ou même que le seul propriétaire était la femme, le mari n'étant plus qu'un usufruitier, un simple administrateur.

Telle est, en effet, la théorie qui a longtemps prévalu. Dans ce premier système, auquel s'attache le nom d'un grand jurisconsulte (1), on dénie au mari tout droit de propriété sur les biens dotaux. On ne fait d'exception à cette règle que pour les choses fongibles et les choses estimées à titre de vente. A l'égard de toutes les autres, le mari n'est qu'usufruitier ; il en a seulement l'administration et la jouissance.

Pour établir ce droit d'usufruit du mari, Doneau s'appuie sur la loi 20, C. — 5, 12: *Pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit* Mais cette loi ne prouve qu'une chose, c'est que les fruits perçus par le mari pendant le mariage, lui appartiennent définitivement et ne devront jamais être restitués ; quant à la propriété des biens dotaux, la loi n'en dit pas un mot, elle reste donc intacte et on ne peut tirer de là aucun argument pour ou contre le droit du mari.

(1) Doneau, *op. cit.*, liv. XIV, ch. IV, § 10 et suiv.

Doneau prétend même qu'aucun des attributs ordinaires de la propriété ne se rencontre dans les droits du mari sur les biens dotaux. *Dominorum*, dit-il, *in re sua hæc sunt quatuor : perpetuitas juris; alienandi potestas; quodque ex re ortum sit aut ei accessserit, id habere; rem cujus dominus quis sit sibi habere, non alii. Nihil horum mariti rebus certis in dotem simpliciter datis.* Que ce soient là, en règle générale, les caractères de la propriété, nous le reconnaissons volontiers. Mais ces caractères reçoivent une atteinte profonde par ce seul fait qu'intervient une obligation de *dare*. C'est ainsi qu'un vendeur obligé de transférer la propriété de la chose qu'il a vendue ne présente plus cette *perpetuitas juris*... dont parle Doneau, et cependant soutiendra-t-on que jusqu'au moment de l'acte translatif de propriété, il ne reste pas propriétaire ? Ces caractères qu'on prétend ne pas rencontrer dans le droit du mari sur les choses dotales, ne sont donc pas indispensables, il ne sont pas de l'essence même du droit de propriété ; leur absence prouve donc, non pas que le droit de propriété n'existe pas, mais, ce qui est bien différent, que ce droit ne s'exerce que dans des conditions particulières. L'objection disparaît donc et se retourne même contre son auteur, car dire que le droit de propriété a subi certaines modifications, n'est-ce pas en affirmer formellement l'existence ?

Mais, ajoute-t-on dans cette première opinion, il y a plus, et bon nombre de textes attribuent en termes formels et catégoriques la propriété des choses dotales à la femme. *Dos mulieris tamen est... ejus etiam constante matrimonio emolumenti potestatem esse creditur*, nous dit Tryphoninus (Loi 75, D. — 23, 3). *Si fundus in dotem datus sit, tam uxor quam maritus propter possessionem ejus fundi possessores intelliguntur* (Loi 15, §3, D. — 2, 8). *Mulieris dos est* (Loi 71, D. — 21, 2).

Pour notre part, nous croyons que, malgré l'obligation de restituer la dot lors de la dissolution du mariage, le mari reste toujours le seul et véritable propriétaire des

biens dotaux. On a vu quel cas il faut tenir des raisons invoquées par Doneau.

Quant aux textes qui paraissent accorder à la femme un droit de propriété sur la dot, il ne nous paraissent pas signifier ce qu'on prétend leur faire dire. Le plus important est sans contredit celui de Tryphoninus. Faisons tout d'abord remarquer que, dans ce texte si court, le jurisconsulte proclame à deux reprises différentes le droit de propriété du mari : *Quamvis in bonis mariti dos sit... quamvis apud maritum dominium sit.* Il est vrai qu'il semble affirmer en même temps que la dot appartient à la femme. Y a-t-il donc là contradiction ? Nous ne le croyons pas ; le tout est de bien se rendre compte de ce que signifie au juste cette expression *mulieris tamen est*, et pour cela il faut bien comprendre l'hypothèse prévue par la loi. Le texte suppose que la femme a apporté en dot un fonds non estimé au sujet duquel elle avait eu la précaution de stipuler de son vendeur une *cautio duplæ*, et il décide que si le mari vient à être évincé de ce fonds, la femme peut agir sur le champ, en vertu de cette stipulation, contre son vendeur. La raison en est que, *constante matrimonio*, elle a un droit sur la dot, ou mieux, un avantage de fait plutôt qu'un droit véritable, en tout cas un droit d'une nature toute particulière que Tryphoninus appelle *emolumenti potestas*, droit de vivre sur la dot.

Cette hypothèse que prévoit notre loi 75 est traitée et résolue de la même manière par Pomponius dans la loi 22, § 1, D — 21, 2, dont voici l'espèce. Une femme a reçu des fidéjusseurs pour un fonds qu'elle a acheté, et a donné ce même fonds en dot ; ensuite quelqu'un l'a enlevé au mari par le résultat d'une instance judiciaire ; la femme peut agir sur le champ contre les fidéjusseurs à raison de l'achat, comme ayant une dot amoindrie, ou même comme n'ayant plus de dot, si le mari avait offert au demandeur une somme égale à la valeur du fonds. La femme peut agir immédiatement, non seulement parce qu'elle a une créance conditionnelle, éventuelle, pour la restitution de sa

dot, mais encore parce qu'elle « éprouve une perte actuelle de la totalité ou d'une partie de sa dot : — de la totalité, si le mari, pour conserver le fonds, a payé au créancier une somme égale à la valeur du fonds ; car dès ce moment le mari ne possède plus ce fonds à titre de dot, mais en quelque sorte à titre d'achat, ou du moins la femme ne pourra le recouvrer qu'en en remboursant la valeur ; — d'une partie, si le mari a payé une somme inférieure à la valeur du fonds ; car alors la femme a une dot amoindrie de la somme qu'elle aura remboursée au mari » (1).

Tous les textes cités plus haut nous paraissent ne pas signifier autre chose que ceci : la femme retire des biens dotaux la même utilité que si elle en était propriétaire, puisque leurs revenus subviennent aux frais du ménage, Elle retire un profit de la dot, elle en a dans une certaine mesure la jouissance, mais on peut dire que cette jouissance *in facto potius quam in jure consistit.* Ce n'est qu'à la dissolution du mariage que ce rapport de fait devient un rapport de droit, une créance objet de l'action dotale.

De ce que la femme n'a pendant le mariage aucun droit de propriété sur la dot il ne faut pas, en effet, conclure qu'elle n'en profite pas, puisque les revenus en sont employés au paiement des frais nécessités par son propre entretien aussi bien que par celui des enfants et du mari. C'est en ce sens que Tryphonius a pu dire qu'elle en a l'émolument.

Toutes les expressions analogues qu'on rencontre dans les autres textes et qui nous représentent la femme comme ayant un droit sur la dot, doivent s'entendre en ce sens qu'elle a un avantage évident et actuel à être et à rester dotée.

Tous ces textes, loin de faire obstacle à la théorie que nous adoptons, ne font que prouver une fois de plus ce

---

(1) Pellat, *op. cit.*, p. 380.

que nous soutenons, à savoir que la femme n'a qu'un droit à la dot, mais que le seul propriétaire est le mari. Si, en effet, ce dernier acquiert les biens dotaux en toute propriété, il ne les acquiert qu'en se soumettant à certaines obligations qui sont de restituer la dot à la dissolution, et de subvenir aux besoins de la femme pendant la durée du mariage. Ce sont ces deux obligations qui forment le *proprium matrimonium* dont il est question dans la loi 3, § 5, D — 4, 4 (1).

Notre solution se trouve d'ailleurs confirmée par une quantité de textes, aussi formels les uns que les autres, en présence desquels il est difficile de comprendre un doute quelconque.

C'est d'abord la loi 1 à notre titre, ainsi conçue : *Dotis causa perpetua est : et cum voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.* En d'autres termes, la constitution de dot transfère la propriété car toute translation de propriété exige une cause perpétuelle, et la destination de la dot doit être regardée comme une cause perpétuelle, perpétuité qui est dans le vœu du constituant et parfaitement conciliable, comme nous l'avons vu, avec la qualité, chez le mari, de débiteur de cette dot, surtout de débiteur éventuel. Ce qui confirme cette interprétation, « ce qui montre, dit M. Pellat (p. 53), que tel est le sens de ce texte, c'est que, dans le livre XIV d'où il est tiré, Paul traitait de l'acquisition de la propriété (voy. l'*inscriptio* de la loi 24 et de la loi 26, D, *de acq. rer. dom.*), et que dans le livre suivant il traitait de la possession et de l'usucapion. »

Un autre texte, non moins probant, est la loi 7, D — 23, 3 dont le paragraphe 3 est ainsi conçu : *Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in*

(1) Pellat, *op. cit.*, p. 48 et 380. — Savigny, II, p. 12 et suiv. — Demangeat, p. 65. — Gide, *loc. cit.*

dotem dentur. Quid ergo, si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, efficiuntur: enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, quum nupserit, sine dubio dicemus, tunc ejus fieri, quum nuptiæ fuerint secutæ.

Nous avons déjà dit que la loi 75 au même titre proclame par deux fois la propriété du mari sur les choses dotales *Quamvis in bonis mariti dos sit.... quamvis apud maritum dominium sit.*

Signalons encore, parmi les principaux textes toujours aussi décisifs en notre sens, la loi 9, § 1, D — 23, 3; la loi 13, § 2, D. — 23, 5 ; la loi 47, § 6, D — 15, 1 ; la loi 23, C — 5, 12 ; enfin la loi 7, C. — 7, 8.

Un grand nombre d'autres textes, sans dire d'une façon aussi littérale que le mari est *dominus dotis*, le supposent néanmoins de toute nécessité ; tous les effets qu'ils mentionnent exigent dans la personne du mari la qualité de propriétaire, ils ne peuvent s'expliquer autrement.

Ainsi la loi lui attribue la possession des choses dotales avec *animus domini* et la faculté de les usucaper dans le cas où le constituant n'en était pas propriétaire (Gaïus, 2, § 63) *Titulus est usucapionis*, nous dit Ulpien dans la loi 1, D — 41, 9, *et quidem justissimus, qui appellatur pro dote, ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio solemni, quo solent qui pro emptore usucapiunt.*

Durant le mariage, le mari peut affranchir les esclaves dotaux et acquérir ainsi sur eux les droits de patron (loi 3 C — 5, 12), c'est donc qu'il en est propriétaire ; s'il n'était que simple mandataire, comme on l'a soutenu, il n'aurait pas ce droit.

La loi 7, D, § 1 — 13, 5, déclare impossible, pour cause de confusion, l'existence d'une servitude au profit du mari sur le fonds dotal. Réciproquement, les servitudes qui pouvaient exister sur un fonds appartenant en propre au mari au profit du fonds que la femme apporte en dot, s'éteignent également par confusion.

Le fonds dotal est transmis aux héritiers du mari, tout comme le reste de son patrimoine (Loi 1, § 1, D — 23, 5).

Enfin, le mari exerce toutes les actions relatives aux biens dotaux, qui n'appartiennent qu'au seul propriétaire, telles que la publicienne, l'action *furti*, la revendication, etc... (Loi 49, § 1, D — 47, 2). Ce n'est pas seulement contre les tiers que le mari peut revendiquer, mais, preuve décisive et irréfutable, contre la femme elle-même, si, dit le texte, elle commet à son préjudice un détournement soit d'un bien lui appartenant en propre, soit d'un bien dotal. *Ob res amotas, vel proprias viri vel etiam dotales, tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit et in potestate est, qua velit actione uti.* (Loi 24, D — 25, 2). — Est-il possible de dire d'une façon plus nette et plus claire que le mari est aussi bien propriétaire de la dot que de son patrimoine ? — Il résulte, on le voit, de tous ces textes, et cela de la façon la plus péremptoire, que le mari a toujours la propriété pleine et entière des biens dotaux. Il est vrai qu'à la dissolution du mariage, il sera tenu de restituer tout ou partie de la dot, mais nous croyons avoir démontré que cette obligation laisse intact le droit même de propriété. De ce qu'une personne est débitrice d'une chose, on n'est pas autorisé à en conclure, comme on le fait dans l'opinion adverse, qu'elle n'est pas propriétaire de cette même chose. Quand on s'oblige à donner tel ou tel objet déterminé, on n'en perd pas *ipso jure* la propriété. Les deux qualités de propriétaire et de débiteur d'un même corps certain sont parfaitement conciliables. Si donc, lors de la dissolution, le mari a encore les biens dotaux entre les mains, il devra les rendre, sinon il sera tenu, comme tout débiteur, de payer une indemnité.

Estimation donnée à la dot. — C'est avec intention que nous n'avons pas distingué selon que la dot était ou non livrée avec estimation. Au point de vue qui nous occupe, ce fait nous paraît, en effet, bien indifférent ; dans un cas comme dans l'autre le mari est toujours propriétaire

taire et, s'il y a eu estimation, il ne l'est pas davantage que s'il n'y en pas eu.

Certains auteurs ont cependant soutenu que le mari n'était propriétaire des biens dotaux qu'autant qu'ils étaient estimés, les autres restant la propriété de la femme. C'est, nous l'avons vu, la théorie de Doneau.

Nous ne pouvons admettre cette différence, au point de vue de la translation au mari de la propriété des biens dotaux, entre les choses estimées et les choses non estimées. Cette distinction subtile n'est faite nulle part, ni dans le Digeste, ni dans le Code et on peut dire qu'il est fort probable sinon absolument certain, que si elle avait jamais été établie à une époque quelconque par les jurisconsultes romains, elle nous aurait été signalée dans un texte ou dans un autre.

Non seulement tous les textes que nous avons cités s'appliquent, est-il besoin de le dire, à des constitutions de dot faites sans estimation, mais encore quelques-uns d'entre eux prévoient expressément les deux cas. C'est ainsi que la loi 3, § 1, D — 6, 2, accorde au mari l'exercice de l'action publicienne dans l'un comme dans l'autre, et fournit un argument de plus pour leur complète assimilation. *Et non solum emptori bonæ fidei competit Publiciana, sed et aliis : utputa ei, cui dotis nomine tradita res est, necdum usucapta : est enim justissima causa, sive æstimata res in dotem data sit, sive non.*

Il ne faudrait cependant pas croire que l'estimation n'exerce aucune espèce d'influence sur les biens auxquels elle s'applique. « Lorsqu'une chose mobilière ou immobilière est apportée en dot au mari avec estimation, de droit commun et en l'absence de toute clause particulière, cette estimation vaut vente, c'est-à-dire que le mari est considéré comme ayant acheté la chose pour le montant de l'estimation. Alors, ce n'est point la chose même qui est véritablement dotale ; c'est la somme à laquelle on l'a estimée » (1).

(1) Demangeat, p. 39.

En conséquence, au point de vue de la restitution, si les biens dotaux, corps certains, ont été estimés, le mari ne devra rendre, lors de la dissolution du mariage que le prix d'estimation, puisque ce n'est plus le bien lui-même qui est *in dote*, mais le montant de l'estimation. Quant aux biens non estimés, mobiliers ou immobiliers, il devra les restituer en nature.

Pour les biens estimés, les risques seront donc supportés par le mari, et pour les biens non estimés, ils le seront par la femme. Le mari, dit la loi 10, pr. et § 1, D — 23, 3, a ordinairement intérêt à ce que les choses qu'il reçoit en dot ne soient point estimées, afin de n'en pas supporter les risques, surtout si ce sont des animaux ou des vêtements à l'usage de la femme ; car si ces vêtements ont été estimés et que la femme les ait usés, il arrivera que le mari en paiera néanmoins l'estimation. Toutes les fois donc que des choses ont été données en dot sans estimation, leur amélioration et leur détérioration sont pour le compte de la femme § 1. Si des fonds qui n'ont point été estimés éprouvent quelque accroissement, la femme en profite ; s'ils subissent quelque diminution, la femme en souffre.

Le mari a droit, comme tout acheteur, à la garantie du constituant ; si donc, pendant la durée du mariage, il vient à être évincé de tout ou partie des biens donnés en dot avec estimation, il peut agir par l'action *ex empto* et même par l'action *ex stipulatu duplæ*, s'il a eu soin d'exiger la *cautio duplæ*. — *Paulus respondit, æstimatis rebus in dotem datis et manente matrimonio evictis, viro adversus uxorem ex empto competere actionem* (F. V. § 105). C'est ce qu'affirme également la loi 16, D — 23, 3 ainsi conçue : Toutes les fois qu'une chose a été donnée en dot avec estimation, si le mari en est évincé, il a contre sa femme l'action *ex empto*, et tout ce qu'il aura obtenu à ce titre, il sera obligé de le lui rendre, à la dissolution du mariage, par l'action de la dot. Par conséquent, quand même le mari aurait reçu le double, il le rendra également à la femme. Ce sentiment est conforme à

l'équité, parce qu'il n'y a pas ici une simple vente mais une vente pour cause de dot, et que le mari ne doit pas s'enrichir aux dépens de la femme ; car il suffit que le mari soit indemnisé, il ne faut pas qu'il réalise un bénéfice : Loi 1, C — 5, 12.

En cas d'estimation, si le mari a besoin d'usucaper pour devenir propriétaire, l'usucapion s'accomplit à son profit au titre *pro emptore ;* elle exige donc chez lui la bonne foi au moment de l'estimation et en outre au moment de la tradition. S'il n'y pas eu estimation, il usucape *pro dote* et il suffit qu'il soit de bonne foi au moment de l'entrée en possession (F. V. § 111).

Nous verrons que la limitation apportée aux pouvoirs du mari sur le *prædium dotale* par la loi Julia, ne s'applique pas aux immeubles estimés.

Si la dot a été livrée avec estimation le mari acquiert tous les produits même autres que les fruits. Cela résulte toujours de cette même idée que ce qui est dotal, ce n'est pas le bien lui-même, mais le montant de l'estimation. C'est encore ainsi que le mari bénéficie de toutes les acquisitions dont ce bien devient l'occasion pour lui, par exemple, un legs qui peut être laissé à un esclave dotal estimé. Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il n'y a pas eu d'estimation, il ne garde que les fruits proprement dits, mais, à la différence de l'usufruitier, il les acquiert par la seule séparation.

Contrairement à ce qui se passe dans notre droit actuel, l'estimation vaut vente en principe et par elle-même, peu importe qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. Mais cette règle peut être écartée par les parties qui peuvent parfaitement convenir qu'il en sera autrement et décider que, malgré l'estimation, ce sera réellement la chose elle-même qui sera dotale et devra être restituée lors de la dissolution. On dit alors que l'estimation a lieu *taxationis causa*. Elle sert à fixer, non pas la valeur que la femme devra recouvrer si le mariage vient à se dissoudre, mais, en cas de perte ou de détérioration du bien ainsi estimé,

par la faute ou la négligence du mari, le montant des dommages et intérêts que celui-ci devra payer (Loi 69, § 7, D. — 23, 3).

L'estimation *taxationis causa* a en outre pour effet d'augmenter la responsabilité du mari. « De plus, l'estimation dont il s'agit, a encore cet effet que le mari, qui de droit commun n'est tenu relativement aux choses dotales que de la *culpa in concreto*, des fautes qu'il ne commet pas habituellement par rapport à ses propres choses, devient responsable de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire qu'on le considère comme prenant l'engagement d'apporter à la garde ou à l'administration des choses ainsi estimées, les soins d'un bon père de famille : c'est du moins ce qu'il est permis de conclure par analogie d'une décision formelle que nous trouvons donnée en ce sens pour le cas de société. Loi 52, § 3, 17 — 2» (1).

Un dernier point nous reste à établir : c'est que la loi Julia considérée en elle-même n'a nullement modifié le droit du mari sur les biens dotaux.

D'abord, elle ne fait nulle part allusion aux meubles ; le mari est donc resté à cet égard ce qu'il était auparavant c'est-à-dire seul propriétaire, et en cette qualité il peut toujours disposer de ces biens comme bon lui semble.

En ce qui concerne les immeubles, la même solution s'impose. Sans parler des textes nombreux et formels que nous avons cités plus haut, nous n'en voulons pour preuve que le passage suivant de Gaïus (2, § 62 et 63). *Accidit aliquando ut quis dominu sit, alienandæ rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit, — Nam dotale prædium maritus invitâ muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causâ, vel in jure cessum, vel usucaptum* (2). Ainsi certaines personnes, bien

---

(1) Demangeat, *op. cit.*, p. 45.
(2) *Sur :* Inst., L. 2, T. 8, pr. — Loi 7, D, 23, 5.

que propriétaires n'ont pas le droit d'aliéner, et, à titre d'exemple, Gaïus cite le mari, à qui la loi Julia refuse le pouvoir d'aliéner le fonds dotal. Et, pour qu'il n'y ait aucun doute possible, Gaïus répète que néanmoins le mari est bien réellement propriétaire de ce fonds. *Quamvis ipsius sit.* Ce texte nous paraît des plus décisifs.

Après comme avant la loi Julia, le mari est donc seul propriétaire du fonds dotal ; et il doit forcément en être ainsi, car, comme le fait remarquer Gaïus, que la chose lui ait été mancipée ou cédée *in jure* par le propriétaire, ou qu'il en ait accompli l'usucapion, l'un ou l'autre de ces faits ne peut avoir pour résultat que de lui conférer la propriété ; et il serait contraire à tous les principes que cette propriété du mari ne fût pas exclusive de toute autre.

D'un autre côté la loi Julia elle-même suppose et démontre que c'est réellement le mari qui est propriétaire du fonds dotal, et non pas la femme. A quoi eût-il, en effet, servi de défendre au mari d'aliéner un immeuble dotal s'il n'avait pas été propriétaire de cet immeuble. On comprend bien que, pour donner ce droit à un non propriétaire, un texte soit nécessaire, mais on ne conçoit pas un texte venant le retirer, l'interdire à une personne qui ne serait pas propriétaire, à qui par conséquent toute aliénation est par cela seul interdite. Si le mari n'était pas propriétaire, il ne pouvait par cela même faire aucune espèce d'aliénation et point n'était besoin d'une disposition spéciale à cet effet. L'interdiction ne se conçoit qu'autant qu'elle s'adresse à une personne qui, d'après le droit commun, pouvait valablement aliéner. Ce n'est pas aux Romains toujours si précis et si scrupuleux dans le choix de leurs expressions qu'on peut reprocher une telle inutilité, voire même un tel contre sens.

On a cependant prétendu tirer de cette défense faite au mari d'aliéner le fonds dotal, un argument en faveur du droit de propriété de la femme. Cette prohibition, a-t-on dit, a eu pour conséquence d'établir au profit de cette der-

nière, une sorte de domaine sur ce fonds. Mais cette idée nous semble tout à fait inexacte. L'interdiction, nous le répétons, ne peut être adressée qu'à celui à qui le droit appartenait, au propriétaire ; or c'est au mari qu'elle est adressée, c'est donc lui qui est propriétaire. Telle est la conséquence forcée de la loi Julia elle-même. Peut-on d'ailleurs soutenir sérieusement que, par cela même qu'on interdit à une personne d'aliéner tel ou tel de ses biens, on lui enlève la propriété de ce bien ? Evidemment non. Il faudrait dire alors que le pupille n'est pas propriétaire de ses immeubles, car, à ce point de vue, même prohibition lui est faite qu'au mari, et, que nous sachions, on n'est jamais allé jusque-là.

Une autre objection a encore été faite. Vous reconnaissez, dit-on, que la femme peut revendiquer l'immeuble aliéné par le mari contrairement à la règle de l'inaliénabilité ; or, le droit de revendication n'appartient qu'au propriétaire, l'accorder à la femme c'est donc reconnaître qu'elle est en définitive propriétaire.

Cette objection n'a aucune portée. Il est bien vrai que la femme peut revendiquer, mais dans ce cas elle agit non pas en qualité de propriétaire mais de mandataire, d'ayant cause de son mari. Au moyen de l'action *rei uxoriæ* elle peut en effet se faire céder par son mari ou ses héritiers l'action en revendication qui leur appartient ; cette cession est même sous entendue quand il y a oubli de la part de la femme, et on accorde alors à cette dernière une revendication utile (1). Comme on le voit, c'est au nom du mari et non au sien propre qu'elle revendique ; on trouve encore là une nouvelle preuve de la propriété du mari.

« Que cette cession fût réelle ou fictive, dit M. Gide (*op. cit.*, p. 35) toujours est-il que la femme revendiquait comme cessionnaire, c'est-à-dire comme représentant, comme procureur fondé du mari. Elle revendiquait en disant non pas : « ce fonds est à moi », mais : « ce fonds est à mon

(1) Labbé, *op. cit.*, p. 935.

mari ». Voilà comment elle revendiquait, bien qu'elle ne fût point propriétaire ; cette revendication n'était pour elle qu'une sûreté et un accessoire de sa créance, à peu près comme une action hypothécaire ; de même qu'un créancier qui aurait hypothèque sur l'objet même de sa créance, la femme pouvait suivre en quelques mains qu'il passât, le fonds qui lui était dû ».

Troisième système. — Comme dans la première opinion, on reconnaît au mari un droit de pleine propriété sur les choses fongibles ou estimées. En outre, on décide que le mari est plus qu'usufruitier, il est propriétaire ; mais, et c'est ici le côté original de ce système, c'est un propriétaire d'une nature toute spéciale. Il a sur les biens dotaux, autres que les choses fongibles ou estimées, ce qu'on appelle le *dominium cum administratione*, une sorte de copropriété. La femme a, de son côté, sur ces mêmes biens un certain droit de propriété ou mieux de copropriété qu'on désigne sous le nom de *dominium sine administratione*.

Cette théorie établit une division peut-être ingénieuse de la propriété des biens dotaux, mais nous ne croyons cependant pas qu'elle doive être admise, car elle ne repose sur aucun texte. On ne trouve, en effet, nulle part cette distinction en *dominium cum administratione* d'une part et *dominium sine administratione* de l'autre. Sa seule raison d'être est probablement le désir de concilier les textes précités qui semblent accorder à la femme la propriété de la dot, et ceux beaucoup plus nombreux et plus formels qui déclarent le mari *dominus dotis*. Nous avons vu que cette contradiction n'était qu'apparente, et que ces textes pouvaient très-bien se concilier sans qu'on ait besoin de faire intervenir l'idée d'une copropriété quelconque. On conçoit bien un pouvoir d'administration distincte du droit de propriété, mais on se rend plus difficilement compte de cette division du droit de propriété lui-même dont on laisserait une partie à la femme et dont on donnerait l'autre au mari administrateur. Que serait au surplus

ce *dominium sine administratione*? Si, dans le dernier état du Droit romain, il pouvait être muni d'une sanction en ce qui concerne les immeubles non estimés, il resterait toujours dépourvu de toute garantie juridique en ce qui concerne les meubles ; en d'autres termes ce serait en réalité un droit inexistant.

Quatrième système. — Enfin dans un quatrième système, qui se rapproche beaucoup du précédent, on applique encore cette idée du *dominium cum* et *sine administratione*. Mais, c'est ici la différence, cette espèce de copropriété ne concerne que les immeubles ; le mari resterait toujours propriétaire des meubles estimés ou non, ainsi que des immeubles estimés.

Cette théorie, préférable à la précédente, doit cependant être encore rejetée. Il y a toujours cette distinction arbitraire que rien ne vient justifier.

En résumé, dans cette période comme dans lapremière, le mari est encore seul propriétaire des biens dotaux, avec cette seule condition que, outre le devoir qui lui incombe de pourvoir à l'entretien de sa femme, il sera tenu, à la dissolution du mariage, de restituer tout ou partie de la dot et qu'il ne pourra aliéner seul le fonds dotal.

La loi Julia s'appliquait-elle aux fonds provinciaux?

A en croire Justinien, la loi Julia aurait contenu, outre l'interdiction d'aliéner, deux autres chefs :

1° La prohibition qu'elle édicte, ne s'appliquait pas aux fonds provinciaux. *Lex in soli tantummodo rebus locum habebat quæ Italicæ fuerant* (Inst. L. 2, T. 8, pr.) ;

2° En outre, elle interdisait l'hypothèque du fonds dotal, même avec le consentement de la femme. *Inhibebat... hypothecas autem earum rerum etiam volente ea* (*muliere*).

Que ces deux dispositions soient l'expression exacte de la doctrine en vigueur au temps de Justinien, cela est hors de doute ; mais que tel ait été l'état du droit résultant de la loi Julia elle-même, c'est ce qui est beaucoup moins certain.

Nous croyons, au contraire, que notre loi ne s'est pas expliquée en ce qui concerne les fonds provinciaux. Gaïus l'atteste formellement. L'application de la règle de l'inaliénabilité à ces fonds, faisait l'objet d'une controverse dans le droit de son temps. *Quod quidem jus utrum ad Italica tantum prœdia, an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur* (2, § 63, in fine). Il est de toute évidence que, si la question avait été prévue par la loi Julia, aucune controverse n'eût été possible ; c'est donc qu'elle ne s'était pas inquiétée des provinces.

Interdiction d'hypothéquer le fonds dotal.

Cette première erreur de Justinien, reconnue telle aujourd'hui par tous les auteurs, nous donne le droit de supposer qu'il en a commis une seconde en déclarant que la loi Julia interdisait l'hypothèque du fonds dotal, même du gré de la femme.

Sans doute par cela même que cette loi interdisait au mari toute aliénation d'immeubles dotaux, elle lui interdisait en même temps toute hypothèque sur ces mêmes biens, puisque l'hypothèque n'est autre chose qu'une aliénation partielle. Mais le consentement de la femme pouvait alors pour l'hypothèque aussi bien que pour l'aliénation, relever le mari de l'incapacité dont il était frappé. En d'autres termes, du moment que la femme consentait, le fonds dotal pouvait très-bien être hypothéqué.

Mais la question qui nous occupe, et telle que l'affirme Justinien, est celle de savoir si la prohibition d'hypothéquer, même avec le consentement de la femme, c'est-à-dire la prohibition absolue, résulte ou non de la loi Julia.

Quelques auteurs (1) ont soutenu l'affirmative en se fondant sur le texte des Institutes et ensuite sur la loi 4, D — 23, 5.

Il est bon tout d'abord de remarquer qu'il est loin d'être prouvé que l'hypothèque était connue ou du moins prati-

(1) Ortolan, II, p. 307. — Maynz, III, p. 33.

quée à Rome au commencement du VIII[e] siècle ; le contraire est même plus probable (1). Il est donc au moins téméraire d'*affirmer* que la loi Julia l'a interdite.

D'un autre côté, tous les jurisconsultes classiques qui parlent de cette loi, ne mentionnent jamais cette prétendue interdiction d'hypothéquer (Gaïus, loc. cit. Paul, L. 2, T. 21 B, § 2). On peut considérer comme certain que si la loi avait contenu une semblable disposition, on en trouverait trace quelque part. A ce point de vue encore, il est permis de conclure que Justinien a commis une nouvelle erreur et qu'il a pris sa croyance pour une réalité.

Ces observations ont conduit à faire douter de l'authenticité de ce passage de Gaïus invoqué dans la première opinion et qui forme la loi 4, D — 23, 5. *Lex Julia*, dit Gaïus, *quæ de dotali prædio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare...* Les mots *obligare aut* résulteraient d'une interpolation qui aurait été rendue nécessaire pour mettre ce texte de Gaïus en harmonie avec les idées admises du temps de Justinien.

Si, comme nous le pensons, l'interdiction d'hypothéquer ne résulte pas de la loi Julia, il faut la rattacher, soit aux édits rendus par Auguste et Claude à l'effet de proscrire toute obligation des femmes pour leurs maris, soit au Sénatusconsulte Velléien qui, d'une manière plus générale leur défendit, mariées ou non, d'*intercedere pro alio* (2).

Ce n'est d'ailleurs pas là une discussion purement théorique, la question présente un intérêt pratique considérable.

Si on fait dériver l'interdiction de la loi Julia, la femme ne peut consentir à aucune hypothèque sur le fonds dotal, même si cette hypothèque est prise dans son intérêt personnel, en garantie de sa propre dette.

---

(1) Demangeat. p. 210 et 216. — Accarias, I, n° 314, p. 780.

(2) Demangeat et Accarias, *loc. cit.*

Si, au contraire, on admet qu'elle découle des dispositions du Sénatusconsulte Velléien, l'hypothèque consentie sur le fonds dotal pour garantir, non pas la dette du mari ou la dette d'un tiers, mais celle de la femme elle-même, sera pleinement valable. Ce que défend, en effet, ce sénatusconsulte c'est l'intercession, l'engagement dans l'intérêt d'un tiers. Et ce n'est pas notre hypothèse ; ici la femme s'engage pour elle-même, dans son intérêt personnel, elle fait sa propre affaire. On argumente dans l'opinion contraire de ce que, s'il s'agit d'une aliénation, la femme saura refuser son consentement parce que les dangers immédiats qui en résulteraient ne lui échapperont pas ; tandis que, ne se rendant pas un compte aussi exact des inconvénients d'une hypothèque, inconvénients non moins dangereux mais plus éloignés et moins apparents, elle sera plus volontiers portée à donner son consentement. Ce raisonnement est évidemment fort juste et pourrait être d'un grand poids, si on avait à faire la loi au lieu de l'interpréter. Or la loi Julia ne dit rien de pareil.

Notons que l'interdiction d'hypothéquer ne s'est d'ailleurs jamais appliquée aux meubles dotaux.

Privilegium inter personales actiones. — Le droit classique, toujours dans le but de garantir davantage les intérêts de la femme et de lui assurer, autant que possible, la restitution de sa dot, lui accorda en outre pour sa créance dotale, une autre garantie appelée *privilegium inter personales actiones*. La femme était bien protégée contre les tiers acquéreurs ou les personnes ayant hypothèque sur le fonds dotal, mais il fallait encore la protéger contre les créanciers chirographaires du mari. Ce fut le but de ce privilège, au moyen duquel elle put primer sur les biens dotaux, pour la restitution de sa dot, tous les créanciers chirographaires du mari (Loi 74, D — 23,3). Ce privilège portait-il seulement sur les biens dotaux et ceux acquis avec des deniers dotaux, ou portait-il en outre sur les biens personnels du mari, c'est ce que les textes ne nous permettent guère de préciser. En tout cas il frap-

pait plus spécialement et avec plus de force les biens dotaux. C'est ainsi que « quand l'action dotale s'exerçait *de peculio* contre le père du mari, la femme était préférée au père, mais sur les *res dotales* seulement (1) (Loi 22 § 13, D — 24,3). Ce privilège ne conférait d'ailleurs aucun droit de suite.

De cette façon, grâce à la loi Julia, la femme n'avait plus à craindre les aliénations que le mari pourrait consentir des biens dotaux, et grâce à son privilège, elle n'avait pas à s'inquiéter des dettes qu'il pourrait contracter. Elle était ainsi protégée contre les tiers acquéreurs, les créanciers ayant hypothèque sur le fonds dotal et les créanciers chirographaires. « Elle avait à la fois, dit M. Gide, droit de suite et droit de préférence. Elle avait, en un mot, presque tous les avantages de la propriété, et cependant elle n'était point propriétaire, car sa revendication utile tout comme son privilège n'étaient, nous le répétons, que des moyens de faire valoir sa créance ; elle n'était donc que créancière, et le seul propriétaire de la dot, c'était toujours le mari. »

---

(1) Pellat, p. 244 ; Gide, p. 35, texte et note 2.

CHAPITRE IV.

LÉGISLATION DE JUSTINIEN.

Il nous reste maintenant à indiquer les modifications apportées par Justinien aux règles que nous avons cherché à établir dans les chapitres précédents, et à voir si ces innovations ont réellement abouti, comme on l'a prétendu, à accorder à la femme un droit de propriété sur les biens dotaux.

La loi Julia reste applicable en principe, mais Justinien fait subir à la matière du régime dotal des changements tellement avantageux pour les femmes mariées, qu'ils lui ont valu dans l'histoire le surnom d'*imperator uxorius* et que la question se pose de savoir si, à cette époque, le mari est encore *dominus dotis*. Voyons donc en quoi consistent ces innovations.

Tranchant tout d'abord une controverse qui avait existé jusque là, Justinien déclare applicables aux fonds provinciaux, les dispositions de la loi Julia. *Interrogati sumus, si oporteat hujusmodi sanctionem non super italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere? Placet itaque nobis eamdem observationem non tantum in italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi.* (Loi unique § 15, C — 5,13). Quant à nous, lit-on dans les Institutes. (L. 2, T. 8, pr.), corrigeant la loi Julia, nous avons établi une législation meilleure ; en effet, la loi s'appliquait seulement aux immeubles italiques.....; or sur ce point nous avons introduit une réforme en décidant que même dans les provinces, l'aliénation aussi bien que l'hypothèque des immeubles serait interdite.

Il pose, le premier, le principe de l'inaliénabilité absolue des immeubles dotaux telle que nous la connaissons

aujourd'hui et telle qu'elle a passé, avec ses grandes lignes, dans notre code civil (art. 1554). En d'autres termes, l'aliénation du fonds dotal devient impossible pour le mari, tout comme l'hypothèque, même avec le consentement de la femme. *Fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare.* Loi unique § 15, C — 5,13. Tandis que la loi Julia prohibait les hypothèques même agréées par la femme, elle n'empêchait que les aliénations faites sans sa volonté ;..... nous avons décidé que ni l'un ni l'autre de ces actes n'auraient leur effet même avec le consentement des femmes (Inst. L. 2, T, 8, pr.). Le but de cette disposition était, comme l'indiquent les deux textes précités, de protéger la femme contre ses propres entraînements, ses propres faiblesses et contre l'influence toujours dangereuse du mari : *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam... ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.* Il était en effet à craindre que le mari n'usât et n'abusât des nombreux moyens que lui donnaient sa qualité même de mari et l'autorité qui y était attachée, pour forcer la main à sa femme et obtenir d'elle un consentement qui, bien que non spontané et pour ainsi dire involontaire et contraire à ses intérêts, n'en aurait pas moins rendu l'aliénation valable.

Mais cette réforme trop absolue, allait contre le but même que s'était proposé Justinien. En voulant accorder trop de garanties à la femme, on en était arrivé, avec l'inaliénabilité absolue, à une solution qui présentait pour elle de graves inconvénients. Si la vente consentie par le mari d'un immeuble dotal est souvent dangereuse, et s'il est bon que la femme puisse souvent l'empêcher de produire quelque effet en refusant son consentement, une telle vente est parfois très utile et très avantageuse pour elle, et son intérêt bien entendu commande que, dans ce cas, elle puisse la valider par son consentement.

D'un autre côté, la règle de l'inaliénabilité était égale-

ment contraire à l'intérêt général, et à ce point de vue encore elle produisait des résultats fâcheux, puisqu'elle empêchait complètement la circulation d'une masse très considérable de biens.

Ces inconvénients ne devaient pas échapper à Justinien ; aussi par la novelle 61, Tit. XVI, § 3, vint-il modifier sa première décision.

La loi 22, C. — 4,29 décidait que, si malgré la défense générale d'*intercedere pro alio*, une femme avait consenti une *intercessio*, puis, au bout de deux ans, l'avait confirmée, elle ne pourrait plus en demander la nullité, car, dit le texte, elle a eu le temps de réfléchir : *Sibi imputet, si, quod sæpius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit.*

Dans la novelle 61 qui s'occupe principalement de la donation *ante nuptias* ou *propter nuptias*, Justinien applique ce principe à l'aliénation et à l'hypothèque. Il défend d'abord au mari d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles compris dans une telle donation, et ce, même avec le consentement de la femme. Mais il ajoute : (§ 1, *in fine*) *sed sicut in intercessionibus scripsimus, ut oporteat biennii tempore existente et rursus aliam professionem scribi confirmantem consensum: et tunc ratum esse quod factum est: sic et in hoc fiat.* Si donc la femme consent à ce que le mari aliène en hypothèque un immeuble, puisque, au bout de deux ans, elle renouvelle son consentement, l'hypothèque ou l'aliénation ainsi confirmée, deviendra pleinement valable. Une seule condition est exigée pour que cette confirmation produise ses effets, c'est que le mari possède d'autres biens en quantité suffisante pour désintéresser la femme, qu'il soit solvable : *nisi apparuerit relictum aliud sufficiens ad antenuptialis largitatis quantitatem.* Enfin ce même paragraphe 3 étend au fonds dotal la règle établie pour les donations *propter nuptias*, en disant : *Et multo potius hæc in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur, aut supponatur: jam enim hæc sufficienter delimata*

atque sancita sunt. Dès lors le mari pourra donc, avec le consentement de la femme donné une première fois, puis renouvelé deux ans après, aliéner ou hypothéquer valablement un immeuble dotal.

En laissant de côté cette réforme postérieure et en nous en tenant à la loi unique au code 5,13 et au texte des Institutes, la dot est donc véritablement et absolument inaliénable. Mais cette règle n'est exacte qu'en ce qui concerne la dot immobilière non estimée, car le mari garde toujours, comme sous l'empire de la loi Julia, le droit d'aliéner tous les meubles dotaux ainsi que les immeubles livrés au mari avec estimation valant vente.

On a contesté, il est vrai, que l'inaliénabilité ne s'appliquait qu'aux seuls immeubles non estimés et on a prétendu qu'elle devait être également étendue non seulement à tous les immeubles, estimés ou non, mais encore aux meubles. La loi 30, dit-on, permet à la femme de revendiquer tous les biens dotaux sans distinction entre les meubles et les immeubles, les choses estimées et celles qui ne le sont pas. N'est-ce pas dire que tous ces biens sont inaliénables.

En admettant que Justinien, ait réellement accordé à la femme une action en revendication, ce que nous ne croyons pas, et que cette action puisse être exercée à l'occasion des meubles, il faut remarquer que, en s'en tenant au texte, il ne la lui aurait accordée que contre le mari et seulement pour les choses *quæ extant*. « Cette constitution de l'an 529, fait très bien observer M. Accarias, (I, n° 315 p. 784) suppose toujours la femme en présence de créanciers, et non pas de tiers acquéreurs, de plus elle subordonne formellement l'exercice de la revendication et de l'action hypothécaire à condition *si res extant*; or une telle condition serait par trop naïve s'il fallait l'entendre de l'existence matérielle des objets, elle est au contraire fort raisonnable si on ne l'entend que de leur maintien dans le patrimoine du mari » (1). La loi ne dit donc pas

(1) *Contrà* : Demangeat, p. 90. Labbé, *loc. cit.*, p. 940.

que les biens dotaux sont inaliénables ; au contraire, elle supposerait plutôt qu'ils peuvent être aliénés puisqu'elle décide que la femme ne pourra les revendiquer que s'ils *extant*, s'ils se trouvent encore dans le patrimoine du mari. On ne peut donc tirer de là aucun argument en faveur de l'inaliénabilité des meubles et des immeubles estimés. En outre ces derniers ne sont pas à proprement parler des biens dotaux, ce qui est dotal c'est le prix d'estimation. Comment donc peut-on prétendre qu'ils sont inaliénables.

Mais il y a plus ; Justinien, dans la loi unique au code (5-13) qui est de l'an 530 et par conséquent postérieure à la loi 30, confirmant expressément les dispositions de la loi Julia, déclare que l'aliénation d'un meuble ou d'un immeuble estimé est parfaitement valable.

Dans la législation de Justinien, comme dans le droit antérieur, le mari est donc encore propriétaire des meubles dotaux, ainsi que des immeubles estimés ; il peut toujours en disposer à son gré. Est-il également propriétaire des immeubles non estimés ? C'est une question qui a été fort discutée, surtout dans ces derniers temps, et que nous allons examiner.

Après avoir réuni en une seule, les deux anciennes actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* qui donnaient à la femme un droit de préférence sur les créanciers chirographaires, Justinien voulut lui accorder un autre bénéfice qui lui permit de primer également les créanciers hypothécaires. Ce fut le but de la célèbre constitution de 529 qui forme la loi 30, C — 5,12 dont on a prétendu tirer la preuve du droit de propriété de la femme sur les biens dotaux. Nous venons de voir qu'en ce qui concerne les meubles, rien n'était changé et que le mari en restait toujours le seul propriétaire.

Dans une opinion qui a longtemps prévalu et qui compte encore de nombreux partisans (1), la constitution de 529

(1) Labbé, livre 4, Appendice 4, p. 939 et suiv.

contient deux dispositions ; 1° elle donne à la femme une hypothèque sur les biens dotaux ; 2° elle lui donne, à l'occasion de ces mêmes biens, le droit de revendication ; en d'autres termes, elle lui en reconnaît la propriété.

1° La femme a donc d'abord une hypothèque sur tous les objets constitués en dot; désormais elle sera préférée aux créanciers hypothécaires du mari, sur tous les biens apportés en dot, même sur ceux estimés quoiqu'ils ne soient pas à proprement parler dotaux, et sur ceux achetés par le mari avec des deniers dotaux. Il n'y a pas non plus à distinguer entre les meubles et les immeubles, entre les meubles morts ou les meubles vifs (animaux et esclaves). L'ancien *privilegium inter personales actiones* fait place à une véritable hypothèque sur les biens dotaux (1).

Si l'on objecte qu'on n'aperçoit pas, l'utilité de cette hypothèque permettant à la femme de primer tous les autres créanciers hypothécaires, puisque il est de règle que le fonds dotal ne peut être hypothéqué par le mari, même avec le consentement de la femme, on répond que ce qui est prohibé, c'est l'hypothèque consentie par le mari, l'hypothèque conventionnelle, volontaire, et nullement l'hypothèque légale laquelle ne suppose, de la part du mari, aucun acte de volonté. Ainsi tous les biens d'un tuteur ou d'un curateur sont frappés d'une hypothèque légale au profit des pupilles et des pubères de 25 ans. La femme dont le mari est tuteur ou curateur, était donc primée avant la constitution de 529, malgré son privilège, par ces créanciers à hypothèque légale, puisqu'elle n'était préférée qu'aux créanciers chirographaires. Depuis cette loi, il n'en est plus de même, le but de Justinien ayant précisément été de rendre la femme préférable même aux créanciers hypothécaires.

2° La femme a en outre une action en revendication qui lui permet de reprendre les biens dotaux que le mari

(1) Demangeat, p. 89, texte et note 4 ; Pellat, p. 246, 247.

pourrait avoir aliénés ; à l'action personnelle qu'elle avait autrefois pour se faire restituer sa dot, est substituée une action *in rem*.

La femme, et c'est là la réforme capitale de Justinien, le renversement des idées admises jusqu'alors, est donc propriétaire des biens dotaux subsistant en nature ; le mari n'en est qu'usufruitier. Cette solution est, dit-on commandée par les termes mêmes de la constitution et par l'intention de Justinien.

Voici comment M. Labbé (1) analyse le contenu de cette constitution.

Quel est le motif indiqué de la réforme ? « Selon la subtilité du droit, le mari est déclaré propriétaire des biens dotaux. Mais selon le droit naturel, la femme en a la propriété. » L'empereur veut évidemment faire prévaloir le droit naturel sur ce qu'il appelle la subtilité du droit ancien.

Quelle est la décision prise ? « La femme aura, pour revendiquer les biens dotaux existant en nature (*in his vindicandis, si tamen exstant*), une action *in rem* jouissant de toute prérogative et devant l'emporter sur tous les créanciers, même antérieurs du mari ; car elle est propriétaire. » *Cum eœdem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio.... Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere.*

Rien ne semble plus clair ; d'où provient le doute ? Le doute provient de ce que Justinien, renonçant au rôle de législateur, voulant ménager les doctrines anciennes, croit pouvoir arriver à son but par une double voie, et laisse le choix entre deux théories sur la dot.

« Adoptez-vous la simplicité du droit naturel ? Dites que la femme propriétaire a une action en revendication. Restez-vous fidèle à la subtilité du droit civil ? Dites que la femme créancière a relativement aux biens dotaux une

(1) *Op. cit.*, p. 939.

action hypothécaire avec préférence sur tous les créanciers du mari. Le choix n'a pas d'importance pratique ; car par l'une ou l'autre action il est pleinement pourvu aux intérêts de la femme ; *ut per utramque viam sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.* »

Si, en effet, la femme exerce l'action hypothécaire, elle n'aura pas à craindre que, comme à un créancier hypothécaire ordinaire, le tiers puisse lui offrir le montant en deniers des biens dotaux dont il est possesseur, et garder ainsi ces biens, en un mot exercer le *jus offerendæ pecuniæ*. La femme est, en effet, dans cette situation particulière que les biens sur lesquels elle a ainsi hypothèque sont précisément ceux dont elle est créancière. Pour pouvoir exercer valablement le *jus offerendi*, le tiers doit offrir au créancier ce qui lui est dû. Or ici ce qui est dû à la femme ce n'est pas une somme d'argent, mais le bien dotal, le tiers ne pourra donc la désintéresser qu'en rendant ce bien lui-même. Le tiers défendeur à l'action hypothécaire n'a donc plus la faculté, qui lui est reconnue d'ordinaire, de payer ou de délaisser ; il ne peutplus faire qu'une chose : délaisser, rendre à la femme lebien dotal. Que cette dernière emploie donc l'action hypothécaire ou l'action en revendication, elle arrivera toujours au même résultat : la restitution du bien dotal.

Malgré toute l'autorité attachée au nom du savant professeur, la solution qu'il indique ne nous semble pas devoir être admise.

Remarquons d'abord que par les mots : *Si tamen exstant*, M. Labbé entend : si les choses données existent encore en nature. Or, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, nous croyons avec la majorité des auteurs (1) qu'il faut entendre par là non pas les choses qui existent encore en nature, mais bien celles qui sont encore entre

(1) Demangeat, *op. cit.*, p. 90 ; Accarias, I, nº 315, p. 784 ; Gide, *Caractère de la dot en droit romain*, p. 38.

les mains du mari, qui se retrouvent en nature dans le patrimoine de ce dernier.

S'inspirant de cette idée, M. Accarias admet que notre loi 30 accorde bien à la femme une action en revendication et une action hypothécaire, mais c'est une revendication d'un genre tout particulier, une hypothèque à effets restreints. Cette revendication n'aboutit pas à évincer les tiers acquéreurs, mais seulement à assurer autant que possible la reprise de la dot en nature, en tant qu'on ne blesse de la sorte aucun droit acquis, si *res exstant*, si elles sont encore dans les mains du mari. Du moment qu'un bien aura été aliéné et sera détenu par un tiers, il n'y aura plus de revendication possible. La revendication n'a donc en somme pour effet que de « protéger la femme contre les créanciers du mari, en la dérobant à la loi du concours ». Il en est de même de l'hypothèque ; elle ne donne pas à la femme un droit de suite, elle ne lui permet pas de rechercher les biens dotaux aliénés jusque dans les mains des tiers acquéreurs.

La solution du premier système nous paraît critiquable à un autre point de vue. Que la femme, dit-on, intente l'action en revendication ou l'action hypothécaire, elle arrive toujours au même résultat : la restitution du bien dotal lui-même.

Cette affirmation est loin de nous sembler aussi évidente qu'on veut le dire ; nous pensons, au contraire, que ces deux actions n'ont pas la même énergie. Que par l'exercice de l'action en revendication la femme puisse reprendre le bien dotal, cela est indiscutable ; mais il n'en est plus de même avec l'action hypothécaire. Il est de règle générale et absolue que celui qui est muni d'une action hypothécaire peut être désarmé par un paiement, par le *jus offerendæ pecuniæ*. Le fait que ce qui est dû à la femme, c'est la chose même possédée par le tiers et sur laquelle porte l'action hypothécaire, ne modifie ni ne restreint en rien les droits du tiers. Celui-ci pourra donc, ici comme toujours, offrir à la femme, au lieu du bien dotal en nature,

sa valeur en argent, et garder ainsi la dot elle-même en nature. C'est là un résultat qui ne serait pas à craindre avec l'action en revendication. Comme on le voit les effets des deux actions peuvent être bien différents.

Dans l'interprétation de la loi, on est donc obligé d'opter entre l'une ou l'autre de ces deux actions. Les principes admis de tout temps à Rome, disent les partisans d'un troisième système (1), ne peuvent laisser aucun embarras dans le choix ; c'est évidemment l'idée que la femme est une créancière ayant hypothèque sur les biens dotaux, que par conséquent elle ne peut exercer qu'une action hypothécaire et nullement une action en revendication, qui doit être admise.

Cette solution indiquée par la tradition est confirmée par la remarque suivante. Dans la loi 30, Justinien s'occupe à la fois des biens dotaux estimés et de ceux qui ne le sont pas : *sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint*, et il les soumet tous aux mêmes règles. Dans les deux cas, la femme a le même droit. Si l'on ne considère que les biens estimés, il est incontestable que la propriété en appartient au mari ; la femme ne peut donc avoir à leur égard qu'un droit de créance. Or, puisque les biens livrés sans estimation sont placés par Justinien lui-même et cela en termes exprès sur la même ligne, il faut de toute nécessité reconnaître que la femme n'est pas plus propriétaire des uns que des autres et que, dans les deux hypothèses, son droit ne peut être qu'une créance hypothécaire ou privilégiée. Cet argument est des plus décisifs.

Enfin, il est impossible d'accorder à la fois à la femme, et une action en revendication, et une action hypothécaire. Ces deux propositions, dans lesquelles le premier système analyse la loi 30, sont incompatibles. De deux choses l'une, en effet : ou bien la femme est réellement propriétaire des biens dotaux et elle n'a que faire d'une hypothèque qui ne se comprendrait même pas : ou bien elle a une hypo-

(1) Demangeat, *op. cit.*, p. 90 et suiv.

thèque et alors elle n'est nécessairement que créancière, elle ne peut alors revendiquer.

En résumé donc, la constitution de 529 n'a donné à la femme aucun droit de propriété ou de copropriété sur les biens dotaux. La réforme consiste en ce qu'elle a pour garantir la restitution de sa dot, au lieu du simple *privilegium inter personales actiones*, une véritable hypothèque.

Avec M. Gide (1), nous croyons qu'il faut faire un pas de plus et décider que cette célèbre constitution *in rebus dotalibus*, n'a pas plus accordé à la femme une véritable hypothèque qu'elle ne lui a donné une action en revendication.

D'après M. Gide (*loc. cit.*), les réformes de Justinien sont loin d'avoir l'importance qu'on leur attribue généralement; elles n'ont point pour effet de transformer en droit de propriété, le droit de créance qui appartenait auparavant à la femme sur les biens dotaux, mais simplement de fortifier ce droit de créance et d'en assurer les effets d'une manière plus complète.

Voici, d'ailleurs, comment on peut résumer la théorie de l'éminent professeur, et la justification qu'il en fournit.

Avant l'an 529, le *privilegium inter personales actiones* ne donnait à la femme un droit de préférence que sur les créanciers chirographaires. Elle était également garantie contre les créanciers à qui le mari aurait pu consentir des hypothèques sur les immeubles dotaux, puisque, comme nous l'avons vu, ces hypothèques étant interdites, ne pouvaient produire aucun effet. Mais le mari était toujours propriétaire des meubles, il pouvait les aliéner et, à plus forte raison, les grever d'hypothèque. A l'égard de sa dot mobilière, la femme était donc primée par tous les créanciers hypothécaires. C'est cette lacune dans le système des garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot que notre loi 30 vint combler.

---

(1) *Caractère de la dot en droit romain*, p. 36 et suiv.

Pour la comprendre, il faut bien distinguer les deux parties qu'elle contient; « la première, qui finit aux mots *per hypothecam vindicare*, contient ce que j'appellerai le dispositif de la loi; la seconde qui commence aux mots *cum eædem res*, n'en contient que les motifs».

Dans le dispositif, Justinien décide que la femme aura, pour assurer la restitution de sa dot une *prærogativa*, c'est-à-dire une simple priorité de rang ne portant que sur les biens se trouvant encore entre les mains du mari lors de la dissolution du mariage. Les mots : *si tamen extant* sont employés par opposition à ces autres : *res alienatæ vel dissipatæ vel consumptæ* (Loi 12 § 1, C — 8, 18 et Loi 6, § 3, C — 5, 9). Quant au mot *vindicare* il est loin d'avoir toujours un sens précis. « Il n'y a là bien évidemment qu'un droit de préférence, un privilège, et jusqu'ici nous ne voyons apparaître pour la femme ni droit d'hypothèque ni droit de propriété ».

La deuxième partie du texte n'a pour but que de justifier et de développer la première, et ce que celle-ci n'accorde pas à la femme, celle-là ne le lui accorde pas non plus. La preuve que cette seconde partie ne donne à la femme aucun droit hypothécaire, c'est que la loi unique au Code, 5, 13, postérieure d'un an à notre loi 30, présente l'hypothèque par elle accordée à la femme comme une innovation importante et sans précédent. De plus, si Justinien avait voulu, en 529, créer au profit de la femme une hypothèque légale, il n'aurait certes pas manqué de le dire bien haut et de vanter, selon son habitude, les avantages de sa nouvelle décision; « il ne se serait pas contenté, pour annoncer une innovation de cette importance, de glisser dans une phrase diffuse le mot *hypothecaria* ». Ce n'est donc pas une véritable hypothèque que la loi 30 concède à la femme.

Ce n'est pas davantage un droit de propriété, puisqu'elle reconnaît elle-même qu'au point de vue légal, il faut dire que le mari est seul propriétaire de la dot (*legum subtilitate, transitus earum in patrimonium mariti videa-*

tur fieri..., secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse), ce que disent aussi de la facon la plus formelle cent textes du Digeste des Institutes et du Code. D'un autre côté, on ne peut pas dire que la propriété du mari sera résolue de plein droit ; cela serait contraire à tous les principes et les textes eux-mêmes repoussent cette manière de voir. Notre loi parle, en effet, non pas d'une propriété que la femme *recouvre*, mais d'une propriété qu'elle *conserve (et naturaliter in ejus permanserunt dominio)*, et la propriété est de son essence un droit perpétuel. — Enfin, dans l'opinion contraire, comme la loi a soin d'écarter toute distinction entre les choses estimées et celles qui ne le sont pas, les meubles et les immeubles (*in rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, sive œstimatæ, sive inœstimatæ sint,..)* il faudrait dire que la femme peut revendiquer même les choses estimées et les meubles dotaux, ce qui est inadmissible.

« Ce n'est donc pas, on le voit, cette fameuse loi 30 qui a abrogé l'ancien principe et transporté du mari à la femme la propriété des biens dotaux ».

Si l'on admet, avec M. Gide, que la constitution de 529 n'a donné à la femme ni une action en revendication ni une véritable hypothèque, on est obligé de constater l'anomalie qui existait, puisque, sans avoir elle-même aucune hypothèque, la femme était préférée même aux créanciers hypothécaires. C'est cette anomalie que, un an plus tard, la loi unique au code, 5, 13, fait disparaître en accordant à la femme une véritable hypothèque légale sur tous les biens dotaux, mais sans toucher au droit de propriété du mari. Le tiers détenteur pourra, soit opposer à la femme le bénéfice de discussion, soit lui payer ce qui lui est dû et garder ainsi le bien dotal.

Enfin, considérant qu'il n'était pas suffisant pour la femme d'être préférée à la fois à tous les créanciers chirographaires et aux créanciers hypothécaires postérieurs au mariage, Justinien, dans une constitution de 531 connue

sous le nom de loi *assiduis* (12, C — 8, 18) lui accorde par une combinaison peu heureuse du privilège et de l'hypothèque légale, une hypothèque privilégiée. Dès lors, la femme primera tous les créanciers hypothécaires, même ceux antérieurs au mariage. Mais ici encore, le droit de propriété du mari reste intact.

En résumé, Justinien n'a nullement donné à la femme un droit de propriété sur les biens dotaux. En 529, il lui a accordé un privilège, une *prærogativa*, en 530, une véritable hypothèque et enfin en 531, une hypothèque privilégiée. Mais ce privilège, cette hypothèque, même privilégiée, ne sont et ne peuvent être que des accessoires d'un droit de créance. La femme est donc simple créancière et non propriétaire des biens dotaux.

Ainsi se trouve justifiée cette règle que nous posions au commencement de notre thèse, à savoir que, sous Justinien comme dans les premiers siècles de Rome, la propriété des biens dotaux appartient toujours au mari, que la dot est toujours perpétuelle. « *Dotis causa perpetua est.* »

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Division du sujet. 1

CHAPITRE PREMIER. — Droits du mari sur les biens dotaux pendant les cinq premiers siècles de Rome. 7

SECTION I. — Mariage avec *manus*. 7

Ce mariage comporte-t-il une dot véritable ? 9

SECTION II. — Mariage sans *manus* ou mariage libre. . . 12

Droit du mari sur les biens dotaux 14

CHAPITRE II. — Deuxième période. — La dot devient restituable. 20

Action *rei uxoriæ* 24

Action *ex stipulatu* 25

De la propriété des biens dotaux. 27

CHAPITRE III. — Loi Julia 29

Dispositions de la loi Julia 31

La loi Julia ne s'applique qu'aux immeubles 31

Elle n'interdit pas toute espèce d'aliénation 33

Sanction de la loi Julia. 35

De la propriété des biens dotaux. 38

Estimation donnée à la dot 44

La loi Julia s'appliquait-elle aux fonds provinciaux ? . . . 52

Interdiction d'hypothéquer le fonds dotal 53

Privilegium inter personales actiones 55

CHAPITRE IV. — Législation de Justinien. 57

ERRATA

PAGES.	LIGNES.	AU LIEU DE :	LIRE :
1	19	*dotium*, »	*dotium*,)
10	29	aucun doute	le moindre doute
19	14	nous concluerons	nous conclurons
24	16	le droit est venue	le droit est venu
25	8	les usages du commerce	l'usage
32	33	les exclaves	les esclaves
40	12	doncl là	donc là
41	26	Tryphonius	Tryphoninus
45	2	s'il n'y en pas eu	s'il n'y en a pas eu
48	note 2	*Sir*	*Sic*
51	33	distincte	distinct
54	15	qui lorme	qui forme
60	33	à condition	à la condition
	Position III	définitivement par la perception.	définitivement par la séparation.

DROIT FRANÇAIS

DE L'ADMINISTRATION

PAR LE MARI

DES BIENS DE LA FEMME

INTRODUCTION

Dans notre droit actuel, quel que soit d'ailleurs le régime matrimonial adopté, le mari n'est plus, comme en Droit romain, *dominus dotis*. En se mariant, la femme conserve en principe la propriété de tous ses biens. C'est un point consacré par une jurisprudence unanime et, sauf la seule dissidence de M. Troplong pour le régime dotal, universellement admis par la doctrine. A l'égard des biens dont la propriété est restée à la femme, le mari ne peut donc plus accomplir ces actes de véritable propriétaire qui lui étaient reconnus à Rome, surtout avant la loi Julia ; mais le Code (art. 1428, 1531 et 1549) lui attribue, en sa qualité de mari, la jouissance et l'administration de tous ces biens personnels de la femme.

Nous nous proposons de rechercher dans cette étude quels actes cette qualité d'administrateur lui permettra ou lui imposera le devoir d'accomplir. Ces pouvoirs d'administration du mari variant selon que les époux ont adopté tel ou tel régime matrimonial, il nous faudra, pour les étudier d'une façon complète, envisager la question sous les différents régimes établis par le Code.

Nous diviserons, en conséquence, notre travail en deux grandes parties :

1° *Administration, par le mari, des biens personnels de sa femme, sous le régime de communauté ;*

2° *Administration de ces mêmes biens sous les régimes exclusifs de communauté, c'est-à-dire régime sans communauté, régime de séparation de biens, enfin régime dotal.*

PREMIÈRE PARTIE

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

Division du sujet. — A l'époque de la rédaction du Code civil, deux régimes formaient le droit commun de la France, le régime dotal dans le Midi, et le régime de communauté dans le Nord. Une seule coutume faisait exception : la coutume de Normandie qui non seulement ne reconnaissait pas le régime de communauté comme régime de droit commun, mais interdisait même aux époux de le stipuler dans leur contrat de mariage, au moins dans une mesure plus étendue que ne le comportait son article 329, c'est-à-dire que la femme ne pouvait jamais recueillir à la dissolution du mariage que la moitié des acquêts faits en bourgage (1). Le législateur avait donc à choisir entre ces deux régimes, le premier, usité dans les pays de droit écrit, le second, enfant du sol, pratiqué dans les pays de coutumes. Après des débats longs et passionnés de part et d'autre, ce fut le régime de communauté qui l'emporta et devint ainsi le régime de droit commun pour toute la France. A l'origine les choses furent poussées si loin en ce sens qu'on avait même supprimé complètement le régime dotal lequel ne fut rétabli, après coup, que sur les vives réclamations des pays du Midi.

(1) On entendait par là les biens situés dans l'enceinte des villes et bourgs.

De ce que le régime de communauté forme aujourd'hui le droit commun de la France, il ne s'en suit pas qu'il s'impose à toutes personnes voulant contracter mariage ; celles-ci pourront en outre choisir soit le régime sans communauté, soit le régime de séparation de biens, soit le régime dotal ; elles pourront même, en adoptant le régime de communauté, y apporter par leur contrat de mariage telles modifications que bon leur semblera pourvu toutefois qu'elles ne soient contraires ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales est posé actuellement par l'article 1387.

Quand on dit que le régime de communauté forme le droit commun en France, on n'entend donc pas par là que ce régime doive forcément être adopté par les futurs époux, mais simplement que ceux-ci seront réputés mariés sous le régime de la communauté légale, tel qu'il est établi par les articles 1400 et suiv. du Code civil, toutes les fois que, comme cela arrive fréquemment encore aujourd'hui surtout dans les classes peu fortunées, ils n'auront pas fait de contrat de mariage, ou, ce qui revient au même, auront fait un contrat de mariage nul. « De même que la loi a fait dans le titre *Des successions* le testament de tout homme qui meurt sans avoir manifesté légalement ses volontés dernières, de même elle fait le contrat de mariage de tous ceux qui se marient sans indiquer le régime auquel ils entendent se soumettre, et de même que, dans la détermination des vocations héréditaires, la loi s'est inspirée de la volonté probable du défunt, de même, en faisant le contrat de mariage de droit commun elle se conforme à la volonté probable des époux. »

Quelle que soit l'origine de la communauté, qu'on la fasse remonter jusqu'à nos ancêtres les plus reculés, à la loi des Ripuaires, ou aux communautés serviles du moyen âge, un point certain est que le mouvement communal qui, vers les onzième et douzième siècles, se manifesta avec tant d'ensemble, surtout dans les communes du

Nord, exerça sur le développement de la communauté une influence considérable, et que c'est à partir de cette époque qu'elle reçut sa forme définitive et devint le régime de droit commun des pays coutumiers pour passer, sept siècles plus tard, avec la plupart de ses caractères distinctifs, dans les articles 1400 et suiv. de notre Code civil, dont les dispositions ont été principalement empruntées à la coutume de Paris.

Quand deux conjoints sont mariés sous le régime de la communauté légale, soit parce qu'ils ont expressément déclaré vouloir s'y soumettre par leurs conventions matrimoniales, soit parce qu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage, soit enfin parce que le contrat de mariage qu'ils ont pu faire est nul, leurs biens se divisent en deux grandes catégories. Les uns tombent dans la communauté et forment ce qu'on appelle les biens communs, les autres restent propres; chacun des époux en conserve la propriété. Parmi ces derniers il faut encore distinguer ceux qui restent propres au mari et ceux qui restent propres à la femme. En somme on se trouve donc en présence de trois masses différentes de biens : patrimoine de la communauté, patrimoine propre du mari et patrimoine propre de la femme, lesquels offrent ce caractère commun qu'ils sont tous trois soumis à l'administration du mari, administration donnant à celui-ci des pouvoirs plus ou moins étendus, selon qu'elle s'applique à l'une ou à l'autre de ces masses.

Le mari a sur ses propres un pouvoir absolu. La jouissance en est attribuée à la communauté et ils deviennent le gage des créanciers communs.

Les pouvoirs du mari sur les biens communs, sans être exactement les mêmes que ceux d'un propriétaire, s'en rapprochent cependant beaucoup. La seule différence est que le mari ne peut pas disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté. Il est vrai que l'article 1422 lui interdit également de disposer dans les mêmes conditions de l'universalité ou d'une quotité du mobilier,

mais l'alinéa suivant lui permet « de disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. » De sorte qu'en faisant un certain nombre d'actes de disposition à titre particulier, ce que la loi lui permet, il arrivera à disposer de tout le mobilier.

Par contre, ses pouvoirs sur les biens communs sont bien plus étendus que ceux qu'il a sur les propres de la femme, et il faut bien les distinguer les uns des autres. Pour les biens communs il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme, il peut même disposer des meubles dans les conditions indiquées par l'article 1422, tous actes qui lui sont interdits quand il s'agit des propres de la femme.

Au surplus, nous n'avons pas à insister sur les pouvoirs qui peuvent appartenir au mari soit sur ses biens propres, soit sur les biens communs. Les propres de la femme ne tombent pas, comme ceux du mari, dans le gage des créanciers communs, mais la jouissance en est attribuée à la communauté. En même temps que le mari en a l'administration en vertu de l'article 1428, il en a donc aussi la jouissance en sa qualité de chef de la communauté. Ces deux droits du mari diffèrent sous bien des rapports; nous laisserons de côté le second pour nous occuper exclusivement du premier, l'objet propre de ce travail étant d'établir les règles suivant lesquelles le mari doit administrer les biens personnels de la femme.

Nous diviserons l'étude de cette première partie en six chapitres, dans lesquels nous traiterons successivement les points suivants :

1° Des actes d'administration en général;

2° De l'exercice des actions judiciaires;

3° Des actes d'aliénation;

4° Des modifications qui peuvent être apportées aux pouvoirs du mari;

5° De la responsabilité du mari;

6° Des causes qui mettent fin à l'administration du mari.

CHAPITRE PREMIER

DES ACTES D'ADMINISTRATION EN GÉNÉRAL

« Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme », nous dit l'article 1428 dans son premier alinéa.

Ses pouvoirs d'administration commencent avec la communauté elle-même, c'est-à-dire à partir de la célébration du mariage, mais à partir de ce moment seulement. S'ils ne peuvent prendre naissance avant, ils ne prennent pas non plus naissance après, par exemple, comme cela se passait dans l'ancien Droit, au coucher, ou le lendemain, ou encore après l'an et jour de cohabitation.

Pourquoi la loi accorde-t-elle ainsi au mari l'administration des propres de la femme ? C'est, disent les uns, qu'en ayant la jouissance en sa qualité de chef de la communauté, il doit également pour leur bonne gestion même, en avoir l'administration ; s'il en était autrement, il y aurait des conflits incessants entre le mari et la femme (1). C'est, répondent d'autres, parce que le droit d'administration est un attribut de la puissance maritale. Ce dernier motif était déjà celui qui était donné dans notre ancien Droit et il paraît bien être confirmé par la discussion à laquelle donna lieu la rédaction de notre article, notamment par le rapport de M. Duveyrier (2).

Cette administration du mari s'étend donc à tous les biens propres de la femme quels qu'ils soient, meubles ou

---

(1) Laurent. — Principes de droit civil français, XXII, nº 121.

(2) Troplong. Du contrat de mariage, II, nº 974. — Guillouard. Traité du contrat de mariage, II, nos 758 et 759, p. 260.

immeubles. Il n'en est autrement que si une convention contraire est stipulée à propos de certains biens dans le contrat de mariage, ou imposée par le tiers donateur.

La loi ne s'est expliquée que sur quelques-uns des actes qui sont permis au mari comme administrateur ; elle a gardé sur les autres un silence qui a donné lieu à de sérieuses difficultés. Quels seront les actes qui devront être considérés comme rentrant dans les limites de l'administration et devront être ainsi permis au mari ; quels seront au contraire ceux qui dépasseront ces limites et devront alors lui être interdits ? En principe les pouvoirs d'administration du mari sont ceux de tout administrateur des biens d'autrui ; le mari peut et doit faire les actes que peut et doit faire tout bon administrateur.

Nous diviserons l'étude de ce premier chapitre en quatre sections.

1° *Actes d'acquisition ;* 2° *Actes de conservation ;* 3° *Actes d'exploitation ;* 4° *Actes relatifs aux créances et aux dettes de la femme.*

Nous réserverons pour les deux chapitres suivants l'étude des actions relatives aux propres de la femme, et celle des actes d'aliénation que le mari peut faire à l'occasion de ces biens.

Section I. — Actes d'acquisition.

Si, comme nous le verrons plus loin, le mari ne peut pas en principe aliéner les immeubles, ni même, selon nous, les meubles propres de la femme, il peut au contraire très bien acquérir pour le compte de celle-ci. De telles acquisitions faites comme placement des revenus du patrimoine ou des capitaux disponibles sont généralement permises à tout administrateur. Mais il faut qu'elles soient faites au comptant, autrement il y aurait alors une espèce d'emprunt indirect. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par arrêt du 2 mai 1865 (*Sir.*, 65, 1, 206).

Une question très controversée est celle de savoir si le mari peut accepter une succession échue à la femme.

La question ne se pose pas si l'acceptation ou la répudiation est faite par la femme avec l'autorisation du mari; celui-ci n'intervient alors que pour compléter la capacité de la femme; mais on ne peut pas dire que ce soit lui qui accepte ou répudie. Dans le cas où il refuserait de donner son autorisation, la femme s'adressera à la justice et pourra alors accepter. D'après les règles générales et dans l'opinion de la plupart des auteurs, le mobilier héréditaire tombera en communauté. M. Laurent enseigne cependant que les meubles eux-mêmes restent propres à la femme, parce que le mari étant le chef de la communauté, celle-ci ne peut faire d'autres acquisitions que celles qu'il autorise et que par hypothèse il a précisément refusé son autorisation. Cette opinion nous semble condamnée de la façon la plus formelle par les termes de l'article 1401, lequel décide *in principio* que : « la communauté se compose activement de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, *ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession* ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire. » Telle est la solution du Code, que le mari accorde ou refuse son autorisation; *lex non distinguit.*

Mais il peut arriver que la femme néglige ou refuse d'accepter une succession qui lui est échue; quels seront alors les droits du mari à ce sujet, pourra-t-il accepter cette succession sans le concours de la femme, en ses lieu et place? C'est ici que les avis sont des plus partagés.

Bon nombre d'auteurs décident que, même sans le concours de la femme, le mari peut valablement accepter à ses risques et périls une succession échue à cette dernière. « Si la femme, dit Pothier, refusait d'accepter la succession, le mari qui aurait intérêt qu'elle soit acceptée, parce que le mobilier doit tomber en communauté, pourrait, à ses risques, l'accepter sur le refus de sa femme qui ne

peut point s'en abstenir en fraude des intérêts de la communauté, de son mari (1). »

Avec MM. Aubry et Rau (V, § 513, texte et note 2), et Laurent (XXI, 436 à 441), nous pensons que cette opinion doit être écartée. Les articles 217 et 776 montrent bien, en effet, que le mari ne peut pas accepter une succession échue à la femme. Que nous dit l'article 776 : « Les femmes mariées ne peuvent valablement accepter une succession sans l'autorisation de leur mari ou de justice, conformèment, etc... » C'est donc que le mari seul ne peut pas l'accepter; cela résulte évidemment par *a contrario* de cette disposition.

Il est bien vrai que le mari pourrait avoir un intérêt, très grand peut-être, à l'acceptation, puisque la succession pouvant contenir un nombre considérable de meubles, ou même être exclusivement mobilière, et tout le mobilier tombant en communauté, il pourrait alors exercer sur ce mobilier les pouvoirs de quasi-propriétaire que lui donne l'article 1421. Mais il ne faut pas oublier que, si la communauté a des droits sur la succession, c'est par l'intermédiaire de la femme qui seule est héritière. Le mari ne peut pas lui imposer cette qualité d'héritière malgré elle; d'un autre côté, il n'est certainement pas héritier lui-même; or, la première condition pour pouvoir accepter une succession est d'y être appelé. On ne voit donc pas en quelle qualité et de quel droit le mari pourrait accepter si la femme s'y refusait. Accepter une succession est d'ailleurs chose fort grave, car à côté de l'héritage pécuniaire il y a l'héritage moral qui peut présenter pour l'héritier un intérêt bien supérieur au premier et dont le mari administrateur ne serait pas à même d'apprécier les nombreux

---

(1) Pothier. — Des successions, ch. III, sect. III, art. 1, § 2, et avec lui la plupart de nos anciens auteurs. — En ce sens : Demolombe, XIV, n° 326 ; Guillouard, n° 774, p. 269.

inconvénients. Sous ce rapport encore, c'est la femme seule qui doit être juge de ce qu'elle doit faire.

Dans un troisième système il faudrait appliquer à notre hypothèse l'article 788, c'est-à-dire qu'en cas de conflit entre le mari et la femme, ce serait aux tribunaux à décider. Dans le cas où ils donneraient au mari le droit de recueillir la succession, le deuxième alinéa de cet article serait applicable; la renonciation de la femme ne serait alors annulée qu'en faveur du mari et non à son propre profit, elle resterait ainsi étrangère à la succession et serait affranchie de toutes les conséquences d'une acceptation qu'elle n'a pas faite. Si on reconnaît à de simples créanciers la faculté d'accepter moyennant autorisation de justice, une succession échue à la femme débitrice, à plus forte raison doit-on accorder le même droit au mari (1).

Ce système est encore moins admissible que celui de Pothier. Il généralise en effet une disposition toute d'exception. L'article 788 qui s'occupe des créanciers d'une personne renonçant au préjudice de leurs droits ne peut s'appliquer qu'à ce cas spécial et exceptionnel, et ne doit pas être étendu à un autre cas qui ne présente pas, du reste, la moindre analogie avec lui : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Comment alors accorder aux tribunaux un droit aussi exorbitant et aussi contraire aux principes généraux.

Enfin dans un quatrième et dernier système qui paraît aujourd'hui abandonné et que professait, dans notre ancien droit, Renusson (*Traité de la communauté*, part. I, chap. XII, nos 8-9), le mari pourrait exercer les droits qui naissent de la saisine; mais la femme conserverait toujours le droit de renoncer, auquel cas le mari serait tenu de rendre les biens héréditaires. Il pourrait, tant que la femme n'aurait pas renoncé, faire tous les actes conservatoires, mais aucun acte équivalent à une acceptation.

---

(1) Thiry. — Revue critique, 1857, XI, p. 248, 262.

« Si le mari, dit Renusson, avait accepté à lui seul une succession mobilière échue à sa femme, sans sa femme, il ne sera pas tenu des dettes comme héritier, parce que ce n'est pas à lui à qui la loi défère cette succession ; elle ne lui appartient pas de son chef, mais seulement à cause de sa femme, il est comme étranger. Ainsi on ne peut pas le dire héritier légitime, ni prétendre le rendre tenu des dettes de cette succession en cette qualité ; supposé qu'il ait fait bon et loyal inventaire, et qu'il n'y ait faute, fraude, dol ni recélé de sa part : il n'est tenu de restituer que ce qu'il a reçu. »

En résumé, nous croyons donc que le mari ne pourra jamais accepter seul une succession échue à sa femme. Toutefois il en serait autrement si la femme donnait au mari mandat à cet effet ou si les conventions matrimoniales lui accordaient ce droit.

Le mari n'aura pas davantage qualité pour accepter une donation ou un legs fait à la femme, même si cette donation et ce legs étaient faits sans aucune charge. L'article 217 est formel sur ce point quand il dit : « La femme ne peut acquérir à titre gratuit sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ». La femme, avec l'autorisation nécessaire pourra donc seule et à l'exclusion du mari accepter la donation ou le legs à elle fait. Si le legs était contesté par l'héritier, il y aurait une raison de plus d'en décider ainsi ; il faudrait alors intenter une action immobilière, dont l'exercice est, comme nous le verrons, interdit au mari. Mais, même si l'héritier consentait à la délivrance, il en serait encore ainsi, car, comme pour l'acceptation des successions, outre les raisons pécuniaires, la femme peut avoir des raisons d'ordre moral très importantes pour refuser le legs ; il faut donc qu'elle soit consultée à ce sujet. Si le mari acceptait dans ces conditions une donation ou un legs il pourrait être déclaré responsable comme ayant dépassé ses pouvoirs.

Section II. — Actes de conservation.

Le mari peut faire tous les actes conservatoires; il y a même là pour lui une obligation (art. 1420, al. 4).

C'est ainsi qu'il doit faire inscrire les hypothèques garantissant les créances de la femme, ou renouveler ces inscriptions en temps et lieu (art. 2136, 2140 et 2154), faire transcrire tous les actes susceptibles de transcription, ventes, donations et autres (art. 940), interrompre les prescriptions qui peuvent courir contre la femme, faire faire aux biens de la femme toutes les réparations.

A propos des réparations, une distinction est nécessaire. S'agit-il des réparations d'entretien, le mari est tenu en sa qualité d'administrateur et comme tout usufruitier de les faire faire. Elles sont supportées par la communauté usufruitière et comprennent toutes les dépenses nécessitées pour tenir les biens en bon état et permettre d'en jouir avec avantage. Il y a là en effet une dette contractée pendant le mariage, et une telle dette, on le sait, tombe dans le passif de la masse commune. La communauté est même chargée des dégradations survenues avant le mariage; les réparations d'entretien sont une charge de la jouissance.

L'usufruitier ordinaire n'est au contraire pas tenu des grosses réparations (art. 605). En est-il encore de même pour le mari? Non, cela est certain. A l'égard du mari il n'y a pas lieu de distinguer entre les réparations d'entretien et les grosses réparations, il doit faire faire les unes comme les autres. Mais si l'on est d'accord sur ce point, on ne l'est plus quand il s'agit de déterminer à qui doivent incomber les dépenses occasionnées par ces réparations.

Si le mari reconstruit une maison appartenant en propre à la femme il agit, non plus en sa qualité d'administrateur, mais comme gérant d'affaires, la femme ne sera par

suite obligée que si elle y a consenti soit expressément, soit tacitement, par exemple en prenant part à la direction des travaux ; dans ce cas les dépenses ainsi occasionnées resteraient à sa charge exclusive ; sinon, elle ne sera tenue que comme tout maître de l'affaire. On excepte cependant le cas où les grosses réparations auraient été rendues nécessaires par suite du défaut d'entretien, il y aurait alors eu négligence de la part du mari et les réparations seraient à la charge de la communauté. Si par suite de ces réparations, l'immeuble avait acquis une valeur plus grande que celle qu'il aurait eue ou si, au contraire, il avait diminué de valeur, il y aurait lieu, lors de la dissolution de la communauté, à un règlement de compte, et une récompense serait due, dans le premier cas, par la femme, dans le second, par la communauté. Un arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1820 fait remarquer que, bien que la femme n'ait pas consenti aux grosses réparations, elle serait cependant obligée et pourrait être poursuivie directement par les ouvriers et les entrepreneurs, mais seulement jusqu'à concurrence de la plus-value ; c'est là un point très contestable et très contesté.

Pour notre part, nous croyons que les grosses réparations doivent, dans tous les cas, être supportées par la communauté, sauf récompense. Ce n'est pas en qualité de gérant d'affaires que le mari agit, mais comme administrateur ; il doit faire toutes les réparations parce qu'il est administrateur et que, comme tel, il est tenu de gérer ainsi que le ferait tout bon propriétaire.

Il est quelquefois d'une bonne administration d'apporter dans les biens, certaines modifications ; ainsi, mettre du blé dans des terres plantées antérieurement en vignes peut être très avantageux, et est certainement permis au mari. Mais, par contre, nous croyons que celui-ci ne pourrait pas faire seul des changements trop importants modifiant la nature, la substance même des biens, par exemple transformer un fonds non bâti en fonds bâti, creuser un réservoir, changer l'aménagement des coupes,

ces changements fussent-ils même extrêmement avantageux. Le mari n'a qu'un droit d'administration, les biens qu'il a reçus il doit les rendre sans que la substance en soit changée.

On n'a pas, du reste, à distinguer entre les immeubles et les meubles ; le mari peut et doit, pour les uns comme pour les autres, faire tous les actes conservatoires.

Section III. — Actes d'exploitation.

En sa qualité d'administrateur, le mari est tenu de faire valoir les biens selon leur nature, mais il a toute liberté sur le choix des moyens. Il peut donc ou les exploiter lui-même ou les donner à bail. Le bail est, en effet, un acte d'administration au premier chef, mais il demandait, en même temps, à être réglementé. Le Code consacre à l'étude de ce droit reconnu au mari de donner à bail les biens propres de la femme, deux articles spéciaux. C'est d'abord l'article 1429 ainsi conçu : « Les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de 9 ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve ». Nous n'insisterons pas longuement sur cette disposition toute dans l'intérêt de la femme. Décider, comme on aurait pu le faire, que le bail consenti par le mari prendrait nécessairement fin lors de la dissolution de la communauté, en arguant de ce que les pouvoirs d'administration du mari cessent à ce moment et qu'il est difficile de comprendre que le mari puisse disposer de la jouissance des biens de sa femme pour une époque où, non seulement cette jouissance ne lui appartiendra plus, mais encore où

il deviendra complètement étranger à l'administration de ces biens, eût été des plus fâcheux et pour la femme et pour le fermier. N'eût-il pas été, en effet, excessivement difficile, sinon impossible, de trouver dans de telles conditions un locataire ou un fermier, et en admettant qu'on ait pu en trouver un, les loyers n'auraient-ils pas été dérisoires. Le locataire et le fermier, pour prendre à bail un bien qui leur est proposé, et payer un prix raisonnable, ne sont-ils pas en droit d'exiger que la jouissance leur soit garantie pendant un certain laps de temps. Une telle solution qui aurait donc été contraire aux intérêts de la femme aurait aussi amené des résultats désastreux pour le fermier. Celui-ci toujours sous le coup d'un événement qui, mettant fin à la communauté, ferait tomber de plein droit le bail à lui consenti, n'accomplirait évidemment pas tous les actes qu'on est en droit d'attendre d'un bon preneur pour faire rendre à l'immeuble loué tout ce qu'il est susceptible de produire. Ferait-il dans la ou les premières années les premiers frais, la plupart du temps indispensables pour maintenir ou améliorer l'immeuble qu'il détient? Evidemment non. Comme d'un moment à l'autre, il courrait le risque de voir son bail rompu par le fait de la dissolution de la communauté, bien loin de chercher par exemple à améliorer les terres qu'il cultive pour en retirer plus tard des produits bien supérieurs. Il ne s'appliquerait qu'à en retirer le plus grand profit possible, au risque de les épuiser et de les déprécier complètement. L'intérêt bien entendu du fermier aussi bien que celui de la femme exigeaient donc que la durée d'un bail consenti par le mari ne fût pas subordonnée à celle de la communauté.

D'un autre côté, il était imposible d'admettre que le mari pourrait louer les immeubles propres de la femme pour le temps qu'il jugerait convenable, si long qu'on veuille bien le supposer. Le mari aurait pu, de cette façon, priver la femme ou ses héritier non seulement de la faculté de relouer à des conditions plus avantageuses,

mais encore de la jouissance en nature de ces immeubles, du droit de les faire valoir eux-mêmes, et cela pendant une durée qui n'aurait eu d'autres limites que le pur caprice, ou même le mauvais vouloir du mari.

De là les dispositions très sensées et très équitables que le législateur a édictées dans les articles 1429 et 1430. Remarquons, dès à présent, que tout ce que nous allons dire au sujet de ces deux articles n'est réellement vrai que vis-à-vis de la femme. Pour ce qui est des rapports du mari avec le fermier, le bail fait entre eux est parfaitement valable qu'elle qu'en soit la durée. Le seul intérêt qu'ait eu en vue le législateur est celui de la femme à qui seule il appartiendra de faire tomber, lors de la dissolution, un bail consenti par le mari pour plus de neuf ans et qui pourra très bien, si elle le juge plus avantageux pour elle, ne pas user de la faculté qui lui est accordée par l'article 1429 et réclamer l'exécution pleine et entière du bail sans que le fermier puisse lui opposer que le mari a dépassé les limites qui lui étaient assignées. Si nous supposons un bail consenti par le mari pour un temps assez long, puis la communauté dissoute pendant le cours de ce bail, le fermier ne pourra, en aucun cas, se prévaloir de notre article pour demander la résiliation au bout de la neuvième année ou de l'achèvement d'une autre période quelconque de neuf ans.

Il faut réserver, toutefois, le cas de bail emphytéotique, étant admis généralement aujourd'hui que l'emphytéose constitue un droit réel dont l'exercice est en conséquence interdit au mari.

La règle de nos deux articles n'est d'ailleurs pas spéciale au mari, la loi l'édicte pour l'usufruitier (art 595), le tuteur (art. 1718) et le mineur émancipé (art. 481).

Puisque la loi accordait au mari, en ce qui concerne les immeubles propres de la femme, le droit de consentir des baux pour une certaine durée, elle devait nécessairement lui reconnaître aussi celui de les renouveler avant leur expiration ; cela est de l'essence même de toute bonne

administration. Le contraire eût évidemment été nuisible aux intérêts de la femme qui aurait ainsi pu se trouver sans fermier pendant un temps plus ou moins long.

D'un autre côté, comme nous le faisions remarquer tout à l'heure à propos de l'article 1429, et pour des motifs identiques, le législateur ne devait ni ne pouvait donner au mari le droit de renouveler un bail à sa guise et à une époque quelconque. C'eût été un moyen trop commode de tourner la loi et d'arriver à un résultat que l'article 1429 a eu précisément pour but d'empêcher.

Il n'était pas possible non plus de donner aux tribunaux le droit d'annuler pour cause de fraude. Que de difficultés n'aurait-on pas ainsi soulevées et n'aurait pas présentées la preuve de cette fraude !

De là la disposition suivante de l'article 1430 : « Les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté ». Le temps maximum pendant lequel la femme peut être liée par un bail consenti par le mari, est donc douze ans pour les biens ruraux et onze pour les maisons. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut un concours de circonstances se présentant bien rarement dans la pratique.

La règle est donc que le mari ne peut consentir, à propos des immeubles propres de sa femme, un bail de plus de neuf ans. Mais il pourrait arriver que, excédant les pouvoirs qui lui sont ainsi conférés à ce sujet par l'article 1429, il consentît par exemple sur ces biens un bail de quinze ans. Que se passera-t-il alors ?

Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'effet que pourra produire un tel bail dans les rapports du mari avec le fermier ; nous avons déjà dit d'ailleurs qu'à ce point de vue le bail était pleinement valable et liait aussi bien le fermier que le mari lui-même. Il n'y a là qu'une simple application

du principe que la convention fait la loi des parties. Nous nous bornerons donc à examiner les effets que cet acte pourra produire à l'égard de la femme. Même en restreignant ainsi la question, une distinction est encore nécessaire ; les effets ne seront pas les mêmes pendant la durée de la communauté et après sa dissolution.

Tant que la communauté existe, la femme n'a pas à s'inquiéter au point de vue qui nous occupe, de l'administration du mari. Quelque long qu'on suppose un bail, il sera toujours opposable à la femme laquelle ne pourra pas prétendre qu'il a été fait en dehors des limites tracées par l'article 1429. Ce texte ne prévoit pas en effet cette hypothèse, il ne s'occupe que du cas où la communauté vient à se dissoudre. Au surplus la femme n'aurait aucun intérêt à agir ainsi puisque, pendant toute la durée de la communauté, elle n'a pas la jouissance des immeubles faisant l'objet du bail.

Mais la question se pose si nous nous plaçons après la dissolution de la communauté. La femme aura alors le choix, ou bien d'accepter le bail pour toute sa durée, ou bien d'exiger du fermier qu'il achève la période de neuf ans dans laquelle on se trouve lors de la dissolution. Le fermier sera obligé de se soumettre à la décision que la femme aura prise à ce sujet, mais si celle-ci ne lui fait pas connaître à quel parti elle entend s'arrêter, on admet qu'il a le droit de la mettre en demeure de s'expliquer dans un bref délai.

Si le mariage s'était dissous par la mort de la femme, ses héritiers jouiraient des mêmes droits qu'elle, seulement ils devraient signifier au fermier leur volonté de réduire la durée du bail avant de faire des actes dont on pourrait inférer une ratification de leur part; c'est ce qui arriverait par exemple s'ils laissaient le fermier en jouissance après l'expiration de la période de neuf années commencée lors de la dissolution.

Quand le mari s'est renfermé dans les limites de l'article 1429, le bail qu'il a consenti est alors opposable à la

femme. Celle-ci doit exécuter toutes les conventions faites entre le mari et le fermier ; ainsi elle doit faire faire tous les travaux promis à ce dernier, pourvu évidemment que ces travaux par leur importance ne dépassent pas les bornes d'un acte d'administration, que le mari ait, par conséquent, pu valablement les promettre (1). Même quand le bail n'est pas passé pour plus de neuf ans, la femme ou ses héritiers pourront le faire annuler s'ils prouvent qu'il a été fait en fraude de leurs droits et que le preneur était complice de la fraude. C'est la règle générale : *fraus omnia corrumpit.*

On considère comme frauduleux un bail consenti par le mari dans la prévision de la mort prochaine de sa femme; un bail d'abord verbal puis passé ensuite par devant notaire pendant l'instance en séparation de biens avec stipulation du paiement des fermages par anticipation si toutefois on admet qu'une telle stipulation soit possible de la part du mari; un bail consenti pour un prix dérisoire mais moyennant, en outre, des cadeaux ou redevances d'une certaine importance, des pots-de-vin, pour employer le terme consacré, nécessairement non stipulés dans l'acte. Mais la nullité ne pourrait être prononcée pour ce simple fait que le loyer serait modique ou même vil s'il n'y avait pas fraude. Le mari seul serait responsable, et la femme n'aurait d'autre ressource que de demander la séparation de biens.

Ce ne sont là, bien entendu, que de simples exemples de baux pouvant être considérés comme frauduleux et par suite annulables. Les tribunaux ont sur ce point un large pouvoir d'appréciation et se prononceront d'après les faits de la cause.

Si le preneur n'est pas complice de la fraude, la femme ne pourra pas intenter contre lui une action en nullité du

---

(1) Orléans, 14 août 1840, Dall., Cont. de mar., nº 1370.

bail, elle n'aura qu'une action en indemnité contre son mari.

En louant des immeubles de la femme, le mari pourrait-il stipuler que les fermages lui seront payés par anticipation ?

La Cour de cassation qui a eu à se prononcer sur la question, l'a résolue par une distinction (18 *août* 1868, *Dall.*, 68, 1, 371). Cette stipulation est-elle dans l'intérêt de la femme, le mari pourra la faire insérer dans le contrat de bail ; doit-elle au contraire profiter exclusivement au mari lui-même, il ne le pourra pas. Pour savoir si une telle clause a été introduite en faveur de la femme ou du mari, il y aura une question de fait que les tribunaux apprécieront.

Pour notre part, nous croyons qu'on doit en principe refuser ce droit au mari. Il y a là, à notre avis, un acte qui ne rentre pas dans la catégorie de ceux qui sont permis à un administrateur. Nous ne ferions d'exception que dans le cas où le mari aurait stipulé que le loyer lui sera payé à l'avance mais pour un temps très court et selon les usages locaux. Dans certains pays il est d'usage que le locataire paie son terme à l'avance, par trimestre ou par semestre ; nous pensons que le mari pourrait alors recevoir les termes dans les mêmes conditions. Les tribunaux auront du reste toujours à décider si tel est réellement l'usage, ce qui nous semble plus facile et moins compliqué que de déterminer si la clause de paiement à l'avance a été introduite en faveur du mari ou de la femme.

On ne serait pas autorisé à conclure de la loi du 23 mars 1855 que toute réception de moins de « trois années de loyers ou fermages non échus » dont l'article 2, al. 5, n'exige pas la transcription, est un acte d'administration et que par conséquent le mari pourrait comme administrateur recevoir les loyers et fermages à l'avance jusqu'à concurrence de trois années. Comme on l'a fait très justement observer « les loyers et fermages sont la représentation de la jouissance l'équivalent du produit de

l'exploitation, or cette jouissance, cette exploitation se continue d'année en année régulière et égale à elle-même; il serait contraire à la nature des choses d'épuiser en une fois tous les avantages que le bien doit produire en plusieurs années ; non seulement ce serait là un acte de maître mais on pourrait même y voir un moyen indirect d'arriver à un emprunt en donnant pour gage l'immeuble prétendu loué : une sorte d'antichrèse déguisée » (1).

Il peut arriver que le mari, contrairement aux dispositions de l'article 1429, donne à bail les immeubles propres de la femme pour plus de neuf ans et nous venons de voir qu'elles seraient les conséquences de cet acte. De même il peut arriver qu'outrepassant les droits qui lui sont conférés par l'article 1430, il passe un nouveau bail ou renouvelle l'ancien plus de trois ou deux ans, selon les cas avant l'expiration du bail courant. Nous avons à examiner quel sera alors le sort de ce nouveau bail ou de ce renouvellement.

Supposons d'abord que l'exécution du bail renouvelé ou du nouveau bail consenti dans ces conditions n'a pas encore commencé au moment où le mariage vient à se dissoudre. Ce bail étant fait absolument en dehors des limites tracées par l'article 1430, ne pourra être opposé à la femme qui, si elle le juge à propos, pourra en demander la nullité. Mais il n'est pas nul de plein droit, il n'est qu'annulable. Ici encore la femme seule aura le droit ou de le faire tomber ou de forcer le preneur à exécuter le contrat sans que celui-ci puisse lui opposer le vice dont le bail est entaché ; pour lui le bail est parfaitement valable.

Si, au contraire, le bail consenti ou renouvelé trop tôt par le mari a reçu un commencement d'exécution avant que l'association conjugale soit dissoute, il faudra appliquer la règle de l'article 1429 et décider que le bail sera obligatoire pour la femme elle-même, soit pendant toute sa

---

(1) Poitiers, 2 juillet 1845, Dall., 46, 2, 128.

durée s'il n'a été fait ou renouvelé que pour neuf ans, soit pour la période de neuf ans dans laquelle on se trouve lors de la dissolution de la communauté si le bail est plus long (1).

C'est à tort selon nous, que Proudhon (De l'usufruit, III, 1213) enseigne que les baux de plus de neuf ans, passés ou renouvelés par le mari avant les époques indiquées dans l'article 1430, ne seront jamais obligatoires pour la femme, même dans notre hypothèse, c'est-à-dire s'ils ont reçu un commencement d'exécution avant la dissolution de la communauté. Le texte, dit cet auteur n'envisage que les baux de « neuf ans ou au-dessous » il ne parle pas des baux qui pourraient être consentis pour une durée supérieure à neuf ans, il ne faut donc pas étendre la règle à un cas que le Code n'a pas prévu. Si la loi avait voulu assimiler les baux passés pour plus de neuf ans à ceux passés pour neuf ans ou au-dessous elle l'aurait dit comme elle le fait dans l'article 1429.

Ce raisonnement ne nous semble pas très juste. Il ne faut pas en effet perdre de vue que la loi dans l'article 1429 partage les baux faits par le mari, qu'elle qu'en soit la durée, en période de neuf ans, elle n'avait donc plus à s'occuper, dans l'article 1430, de bail supérieur à neuf ans. Tout bail se ramène en somme à un bail de neuf ans. Soit un bail consenti ou renouvelé par le mari pour une durée de 20 ans, par conséquent en dehors de ses pouvoirs d'administrateur. Ecartons d'abord le cas où l'exécution de ce bail n'aurait pas encore cemmencé lors de la dissolution de la communauté ; sur ce point aucun doute ne peut s'élever, la femme ne sera nullement liée. Mais si au contraire le bail étant en cours d'exécution à cette époque, le

---

(1) Troplong, II, nº 1029 ; Rodière et Pont, Traité du contrat de mariage, II, nº 922 ; Marcadé, s. art. 1430 ; Aubry et Rau, § 510, texte et note 17, p. 346 ; Laurent XXII, nº 143 ; Guillouard, II, nº 792, p. 281.

mariage vient à être dissous, par exemple dans la cinquième année, le nouveau bail ne sera opposable à la femme que pour la première période ; en d'autres termes le fermier aura encore le droit d'exercer son droit de jouissance pendant quatre ans, nous retombons alors dans l'hypothèse prévue par l'article 1430. Au lieu d'être dissous au bout de quatre ans le mariage ne l'est qu'au bout de 12 ; la deuxième période est entamée. Pour la première période qui s'est écoulée *constante matrimonio* le bail a été pleinement valable, il a produit tous ses effets ; on se trouve alors en présence d'un bail de neuf ans dont il restera par conséquent 6 années à courir. D'après nous la femme devra respecter le bail pendant ces 6 années.

D'après certains auteurs il faudrait donner la même solution dans le cas où, bien que le bail ait été consenti ou renouvelé trop tôt, la dissolution de la communauté se produirait à un moment où le renouvellement aurait valablement pu avoir lieu (1).

Mais cette manière de voir ne nous paraît pas acceptable. La circonstance que la communauté dure jusqu'au moment où les baux peuvent être valablement passés ou renouvelés par le mari, est sans influence sur le sort de ces baux. La loi est en effet formelle à cet égard. Le seul cas où un bail passé ou renouvelé par le mari, plus de deux ou trois ans avant l'expiration du bail courant, peut être opposable à la femme, est celui où son exécution a commencé avant la dissolution de la communauté. Peu importe donc que le mariage vienne à se dissoudre dans les trois ou deux dernières années du bail en cours (2).

Nous ne nous sommes occupé, dans ce qui précède, que du bail consenti ou renouvelé par le mari en dehors des limites fixées par l'article 1430. Il pourrait arriver qu'en supposant le bail fait conformément aux prescriptions de cet article il le fût pour une durée trop longue. Ainsi le

---

(1) Dalloz, Cont. de mar. n° 1373.

(2) Marcadé, s. art. 1430 ; Aubry et Rau, § 510, note 18, p. 346.

mari, un an avant l'expiration du bail en cours, passe un nouveau bail ou renouvelle l'ancien pour une durée de 20 ans, puis la communauté vient à être dissoute le lendemain. Que faudra-t-il décider ? On ne pourra arguer ici de l'article 1430 ; dans l'espèce il est respecté de tous points. Reste alors l'article 1429 qui empêche un tel bail d'être obligatoire pour la femme, du moins au delà de la première période de neuf ans. En décider autrement serait donner un moyen par trop commode d'éluder les dispositions de ce dernier texte, ce serait le violer ouvertement. Nous avons vu en effet que la plus longue durée pour laquelle un bail peut être opposable à la femme était 12 ans pour les biens ruraux et 11 ans pour les maisons. Si dans notre hypothèse on admettait que le bail par cela même qu'il est fait conformément à l'article 1430, devrait être pleinement valable, on arriverait à forcer la femme, à respecter un bail passé ou renouvelé par le mari pendant 23 ou 22 ans, ce qui serait absolument contraire à l'article 1429.

Quelques auteurs décident même qu'un bail consenti ou renouvelé dans ces conditions, par cela seul qu'il est fait pour plus de neuf ans et qu'il n'est pas commencé lors de la dissolution de la communauté, est entièrement inefficace envers la femme (1).

Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent à propos des articles 1429 et 1430 n'est vrai que des baux passés par le mari seul. Il est de toute évidence que si un bail avait été fait avec le concours de la femme, quelle qu'en fût la durée, eût-il été renouvelé plus de deux ou trois ans avant l'expiration du bail courant, il serait pleinement valable et lierait la femme ou ses héritiers aussi bien que le mari. La femme propriétaire peut, avec l'autorisation du mari, aliéner ses immeubles, à plus forte raison peut-elle les donner à bail dans les conditions et pour le temps qu'elle voudra.

---

(1) Marcadé, s. art. 1430 ; Troplong, II, nº 1028 et 1029.

Le preneur ne peut réclamer d'indemnité au mari si la femme ou ses héritiers s'opposent à l'exécution ou à la continuation d'un bail passé par le mari seul contrairement aux règles de nos deux articles ; en traitant avec le mari il savait ou devait savoir à quoi il s'engageait, à quels risques il s'exposait. Il en serait toutefois autrement si le mari l'avait induit en erreur sur la propriété même des immeubles objets du bail, en les louant par exemple comme lui appartenant, ou encore s'il s'était porté fort au nom de la femme pour l'exécution ou la continuation du bail après la dissolution de la communauté. Dans ces deux cas le mari devrait au fermier, dont le bail ne serait pas maintenu, une indemnité qui serait au compte de la communauté, puisque c'est une dette contractée par le mari pendant le mariage. Il arriverait donc que la femme, si elle acceptait la communauté, supporterait en définitive la moitié de cette indemnité (1).

De même que le mari peut consentir des baux, de même il peut les résilier sauf alors à relouer de nouveau ou à exploiter lui-même (Paris 26 février 1850, Sir., 51, 2, 796).

La loi ne parle que de la location des immeubles, d'où la question de savoir si le mari peut louer les meubles, et dans quelles conditions. Un premier point ne souffre aucune difficulté : le mari peut louer les meubles propres de la femme, sans cependant avoir le droit de stipuler un paiement anticipé des loyers. Encore cette restriction pourrait-elle être soumise, dans une certaine opinion, à s'appréciation des tribunaux.

Quelle sera la durée pour laquelle le mari pourra consentir un bail concernant des meubles ? Ici les avis sont partagés. Pour les uns, en présence du silence de la loi, les pouvoirs du mari sur ce point seront soumis aux règles

---

(1) Rodière et Pont, II, 923 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 20, p. 346 ; Laurent, XXII, nº 137 ; Guillouard, II, nº 794, p. 282.

du droit commun. Par suite, puisque le bail est essentiellement un acte d'administration, le mari pourra louer des meubles pour un temps aussi long qu'il voudra, sous la seule condition qu'il n'y ait pas fraude et que le bail ne cache pas une aliénation véritable.

Bien que le bail soit évidemment un acte d'administration, nous croyons qu'on ne peut en général reconnaître au mari le droit de donner à un bail de meubles, une durée quelconque. Il nous semble plus équitable de décider qu'il faudra tenir compte, pour la fixation de la durée, de la nature du meuble et des usages locaux. Ce sera en somme une question d'appréciation pour laquelle les juges seront souverains.

En tout cas, la dissolution de la communauté mettant fin aux pouvoirs d'administration du mari, met fin au louage et fait rentrer les meubles loués dans le patrimoine de la femme ou de ses héritiers.

Section IV. — Actes relatifs aux créances et aux dettes de la femme.

Toujours en vertu de la règle que le mari doit administrer en bon père de famille, il touchera les intérêts des créances de la femme et pourra forcer le débiteur à les lui payer. Une fois la créance échue, il en touchera le montant sur ses seules quittances, ou poursuivra le débiteur pour le forcer au paiement, et cela même s'il s'agit de sommes devant être employées ou remployées en vertu d'une clause spéciale du contrat de mariage (1).

La simple insertion dans le contrat de mariage d'une clause d'emploi ou de remploi ne suffirait pas à enlever au mari le droit de toucher sur sa seule quittance une créance de la femme. Il se peut très bien que la femme en

---

(1) Cass., 19 août 1857, Dall., 57, 1, 339.

stipulant une telle clause ait eu simplement pour but de se réserver comme propres les sommes à employer ou de s'assurer le droit d'exiger un remploi immédiat de sommes provenant de l'aliénation de ses propres. C'est cette interprétation qui se rapproche le plus des règles de la communauté; dans le silence du contrat sur l'effet que doit avoir à l'égard des tiers la clause d'emploi, c'est donc elle qui, comme nous le verrons en traitant de l'emploi et du remploi, nous semble devoir être adoptée (1).

Il en serait cependant autrement, s'il résultait du contrat de mariage que la femme a, en outre, entendu se réserver un recours contre les tiers qui auraient payé entre les mains du mari sans que l'emploi ait été effectué. Mais il faut que les tiers n'aient pas pu se méprendre sur la portée de cette clause, qu'il ressorte de la façon la plus évidente que la femme a bien réellement voulu soumettre la validité du paiement à l'accomplissement de l'emploi. Dans ces conditions, le paiement fait par les tiers débiteurs au mari, ne les libérerait pas vis-à-vis de la femme; celle-ci pourrait les forcer à payer une seconde fois.

Le mari peut donc toucher les créances échues de la femme, et placer les capitaux. Par contre, il ne pourrait pas faire au débiteur remise de sa dette; il y aurait là un acte d'aliénation véritable, bien plus, une disposition à titre gratuit qui lui est interdite au moins pour les immeubles.

Si la créance n'est pas encore exigible, si le terme n'est pas encore arrivé, le mari pourra-t-il, néanmoins, recevoir le paiement? Pour répondre à cette question, il faut distinguer selon que le terme a été établi dans l'intérêt du débiteur ou dans celui de la femme. A-t-il été établi dans l'intérêt du débiteur, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, le mari pourra très bien recevoir le paiement avant

---

(1) Cass., 1er mars 1859, Sir., 59, 1, 402.

l'échéance. Le débiteur renonçant au bénéfice du terme pourrait, au moyen d'offres réelles, se libérer valablement et forcer ainsi la femme elle-même, créancière, à lui donner quittance. Le mari en recevant dans ce cas la somme due, même avant l'échéance, ne fait donc que se soumettre à une conséquence forcée qu'il n'est pas en son pouvoir d'empêcher. Mais il n'en serait plus de même si le terme, au lieu d'être stipulé en faveur du débiteur, l'avait été en faveur de la femme créancière ; il y aurait dans le fait du mari de recevoir le paiement par anticipation, ce que rien ne le forçait de faire, une renonciation, une espèce de libéralité.

En règle générale donc, le mari pourra toujours percevoir les capitaux de la femme et en donner bonne et valable quittance. Il pourra également donner main-levée des hypothèques ou autres sûretés qui garantissent ces créances, à condition toutefois que le débiteur se libère intégralement, car si le paiement n'était que partiel, il y aurait pour le surplus une remise gratuite (1).

Un arrêt de la cour de Metz du 18 juin 1824 a même décidé que le mari n'avait pas le droit de transporter une inscription d'un immeuble sur un autre, cette opération constituant une sorte d'échange.

Le mari a, en principe, les mêmes droits, que la créance soit mobilière ou immobilière. « Il n'y a aucune distinction à faire, puisque la loi n'en établit nulle part, entre un capital mobilier et un capital immobilier ; la qualité d'une créance doit se déterminer par la nature de sa cause ; c'est sur ce principe que se trouvent qualifiées les choses mobilières, au titre *De la distinction des biens* (2) ».

---

(1) Cass., 22 juin 1818 ; Dalloz, Priviléges et hypothèques, n° 2682.

(2) Ile Bourbon, 31 août 1840 et Cass., 25 juillet 1843, Sir., 51, 1, 258 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 9, p. 344 ; Laurent, XXII, n° 131 ; Guillouard, II, n° 783, p. 276.

S'il s'agit d'une rente soit perpétuelle, soit viagère, le mari pourra en toucher les arrérages et même le remboursement comme le pourrait le crédit-rentier lui-même. Le paiement doit être réel et effectif, le mari ne pourrait accepter ni une dation en paiement, ni une novation, ce serait une véritable aliénation de la créance.

Quant aux actions des compagnies de finances, de commerce ou d'industrie et aux rentes sur l'Etat, il est certain que le mari pourra non seulement en toucher les intérêts et revenus, mais encore en recevoir le remboursement soit total soit même partiel, conformément aux statuts de ces sociétés, par exemple par voie de tirage au sort. Ce sont là des actes forcés.

Nous verrons que le mari n'aura jamais, au contraire, le droit de les aliéner ; mais pourra-t-il au moins convertir en titres au porteur les titres nominatifs de la femme ?

Il est tout d'abord évident que si la conversion est une mesure générale s'appliquant à tous les titres, le mari aura ce droit, toujours parce qu'il y a là un acte forcé, obligatoire pour l'administrateur tout comme pour le propriétaire lui-même. Mais en dehors de cette hypothèse exceptionnelle et qui ne soulève aucune difficulté, la question est très controversée.

L'affirmative a été soutenue par une opinion considérable. Nous verrons que certains auteurs accordent même au mari le droit d'aliéner les meubles propres de la femme ; *a fortiori* lui reconnaissent-ils celui de convertir un titre nominatif de la femme en titre au porteur, droit qui n'est qu'une conséquence du premier. Mais même en admettant, comme nous le ferons, l'impossibilité pour le mari d'aliéner les meubles, les avis sont encore partagés.

D'après une jurisprudence constante, rien ne s'opposerait à ce que le mari pût faire une telle opération. Il n'y a là qu'un simple acte d'administration, et nullement une aliénation, la preuve en est qu'après comme avant la conversion, la propriété du titre reste à la femme ; c'est tou-

jours elle qui est propriétaire du titre au porteur, comme elle l'était déjà du titre nominatif (1).

Malgré l'autorité de la jurisprudence, nous croyons que l'opinion contraire est préférable. La conversion, dit-on, ne constitue pas un acte d'aliénation. Mais nous trouvons précisément une foule de textes qu'il suffit de lire pour se convaincre du contraire. Ce sont: l'ordonnance du 29 avril 1831 (art. 9), la loi du 23 juin 1857 (art. 8), le décret du 31 mai 1862 (art. 212), celui du 18 juin 1864 (art. 1), la loi du 29 juin 1872 (art. 3), enfin celle du 27 février 1880, qui tous mettent sur la même ligne la conversion et l'aliénation. Au reste non seulement cette conversion ne procurerait aucun avantage à la femme, mais encore elle constituerait une mauvaise opération, à cause de l'impôt plus élevé perçu sur les titres au porteur, en compensation des droits non perçus au moment des aliénations. Le seul but que peut avoir cette conversion, est donc de faciliter la vente des titres et la spéculation, en un mot de permettre au mari de tourner la prohibition de vendre les meubles de sa femme. Il est en outre à remarquer que la sécurité de la femme est bien plus grande avec des titres nominatifs qu'avec des titres au porteur. L'article 36 du Code de commerce soumet en effet la vente des premiers à des formalités qui arrêteront le mari à qui le droit d'aliéner les meubles de la femme est refusé, tandis que l'article 35 du même Code autorise la vente des seconds au moyen d'une formalité des plus simples : la tradition du titre.

Le patrimoine de la femme ne se compose pas seulement d'un actif, il comprend aussi un passif; en même temps que des créances, la femme peut aussi avoir des dettes; le mari doit administrer celles-ci comme celles-là. Quand ces dettes sont échues, il doit donc les payer ; il peut, au moyen d'offres réelles, forcer les créanciers à

---

(1) Paris 11 décembre 1871, Sir., 71, 2, 249 et 4 mars 1875, Dall. 76, 2, 158 ; Cass., 13 juin 1876, Dall., 78, 1, 181.

recevoir le paiement. Mais aussi il doit, quand les dettes sont exigibles, les payer sans attendre des poursuites de la part des créanciers. Il serait en faute s'il contestait sans raison sérieuse une demande clairement justifiée, et deviendrait responsable des frais de justice ainsi inutilement occasionnés; c'est ce qu'a décidé le tribunal de Nérac par jugement du 24 février 1877. (Dall., 78, 3, 7.).

De ce que le mari ne peut payer une dette de sa femme qu'autant que cette dette est exigible, il suit qu'il ne pourrait pas payer une dette naturelle.

Si les revenus des biens de la femme sont suffisants, le paiement devra être fait avec ces revenus; le mari étant obligé de placer les capitaux de la femme ne saurait en faire un meilleur emploi. Il en serait cependant autrement si le contrat de mariage contenait une clause d'emploi ou de remploi. Si utile, en effet, qu'il soit de payer les dettes de la femme, il n'y aurait pas là un véritable emploi dans le sens juridique du mot. D'ailleurs, tout en imposant au mari l'obligation de faire emploi des capitaux, la femme aurait pu stipuler que l'emploi consisterait précisément dans le paiement de ses dettes.

Si le mari payait les dettes *de suo*, il aurait un recours contre la femme et pourrait, pour plus de sûreté et s'il le croyait nécessaire, se faire subroger aux droits du créancier (art. 1250). Ce dernier point est cependant contesté.

Pendant le mariage, le mari ne peut en principe contracter aucune dette pour le compte de la femme; toute obligation directe lui est interdite. Mais de nombreuses dérogations sont apportées à cette règle. Tout acte entraîne, en effet, généralement des obligations réciproques chez les parties; le mari, non seulement pouvant, mais devant faire certains actes d'administration, doit donc pouvoir, par la force même des choses, contracter aussi certaines obligations. Ainsi il doit faire faire toutes les réparations, il faut donc qu'il puisse contracter envers les ouvriers ou entrepreneurs, l'obligation de les payer et traiter avec eux à ce sujet. Mais il faut que les réparations soient actuelle-

ment nécessaires; le mari ne pourrait pas traiter avec des ouvriers pour des réparations qui ne deviendraient nécessaires que dans quelques années. Il faut, en un mot, que l'obligation ainsi contractée soit une conséquence d'un acte d'administration. De même le mari peut donner à bail les biens de la femme, il faut donc encore qu'il puisse se soumettre aux obligations qui incombent à tout bailleur.

CHAPITRE II

DE L'EXERCICE DES ACTIONS JUDICIAIRES

Si, comme administrateur, le mari a non seulement le droit, mais encore le devoir de faire les actes que nous venons d'énumérer, il faut qu'il ait à sa disposition les moyens d'y parvenir. Aussi l'article 1428, dans son deuxième alinéa, décide-t-il que : « il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme ». C'est ce que disait déjà l'article 233 de la Coutume de Paris : « Le mari est seigneur des actions mobilières et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme, et peut ce mari, agir seul et déduire lesdits droits et actions en jugement sans ladite femme ». Sous l'empire du Code, le mari a donc le droit d'exercer ces actions et à plus forte raison d'y défendre.

Ce chapitre se divise naturellement en deux sections : 1° *Actions mobilières et possessoires ;* 2° *Actions pétitoires.*

Section I. — Actions mobilières et possessoires.

Les actions relatives aux meubles propres de la femme peuvent paraître, au premier abord, n'avoir pas une bien grande importance, car sous le régime de communauté un très petit nombre de meubles restent propres (art. 1401). Nous verrons cependant, dans le chapitre suivant, qu'une certaine catégorie de ces biens, même sous le régime de la communauté légale et malgré la généralité des termes de la loi, ne tombe pas en communauté. Ce qui est l'excep-

tion pour ce régime prend une importance beaucoup plus considérable dans la communauté réduite aux acquêts (art. 1498 et suiv.) et devient la règle générale avec la clause de réalisation (art. 1500). Quant aux meubles qui, beaucoup plus nombreux, tombent en communauté, le mari a sur eux les pouvoirs de chef que lui accorde l'article 1421 et non ceux d'administrateur dont parle l'article 1428; nous n'avons donc pas à nous en occuper ici.

Comme administrateur le mari a le droit d'exercer seul les actions mobilières de la femme. Ainsi il peut poursuivre, sans le concours de celle-ci, la réparation d'injures proférées contre elle, si ces injures portent atteintes à l'honneur de l'un et de l'autre.

Si le mari refusait d'exercer une action mobilière de la femme, outre que sa responsabilité serait engagée d'après le dernier alinéa de notre article, la femme pourrait demander et obtenir des tribunaux l'autorisation d'agir elle-même. La loi ne dit pas, en effet, comme elle le dira plus tard à propos du régime dotal, que le mari *a seul le droit d'en poursuivre...*, mais que le mari peut *exercer seul...* ce qui est bien différent. L'article 1428 accorde ainsi au mari le droit d'exercer ces actions sans le concours de la femme, mais il n'y a pas là pour lui un droit exclusif de tout autre et la comparaison avec l'article 1549, montre bien que le législateur a entendu établir entre les deux régimes une différence à ce point de vue, en permettant *a contrario* à la femme d'agir elle-même en cas de refus du mari.

La femme ne serait pas admise à attaquer par la voie de la tierce opposition le jugement rendu contre le mari seul sur de pareilles actions. A ce point de vue, ce qui est jugé pour ou contre le mari, l'est également, et de plein droit, pour ou contre la femme elle-même; il n'y aurait d'exception que s'il y avait eu collusion, concert frauduleux, entre le mari et la partie adverse. Cette règle n'est qu'une conséquence du principe général que la femme est non recevable a intervenir dans l'instance où elle est re-

présentée par son mari, tant qu'elle n'a aucun intérêt distinct du sien (1).

Le mari peut, d'ailleurs, suivre tous les degrés de juridiction et interjeter appel d'un jugement rendu en première instance relativement à des propres mobiliers de la femme, mais il ne le pourrait plus, comme nous le verrons, si le jugement avait été rendu à la suite d'une action pétitoire. La jurisprudence va même plus loin et décide que le mari pourra interjeter appel, bien que n'ayant pas exercé lui-même l'action devant la première juridiction, et alors que la femme aurait agi elle-même avec autorisation de justice, toutes les fois qu'il aurait pu exercer seul l'action en première instance (2).

En présence de l'article 464, nous croyons que le mari pourrait, sans le concours de la femme, acquiescer à une demande en justice. Cet article nous dit, en effet : « Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits sans l'autorisation du conseil de famille ». En d'autres termes, il pourra intenter seul une action relative aux droits mobiliers du mineur ou acquiescer à une demande relative aux mêmes droits. Bien qu'écrite spécialement pour le tuteur, cette disposition n'en est pas moins une règle commune à toute administration et on doit, en particulier, l'appliquer au mari.

Enfin, nous croyons que le mari, pourvu bien entendu qu'il n'y eût aucune fraude de sa part, pourrait se désister de toute poursuite qu'il aurait commencée, et abandonner l'instance engagée. Ce point est cependant moins certain, car on pourrait y voir un moyen d'arriver à une aliénation indirecte.

Malgré la généralité des termes de la loi qui permet au mari d'exercer seul, « toutes les actions mobilières et pos-

---

(1) Cass., 15 avril 1874 ; Dall., 75, 1, 67.
(2) Poitiers, 28 novembre 1864 ; Dall., 65, 2, 160.

sessoires qui appartiennent à la femme », il est cependant une action dont on doit refuser l'exercice au mari, même quand elle est relative à des meubles. C'est l'action en partage dont s'occupe l'article 818, dans les termes suivants : « Le mari peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à elle échus qui tombent dans la communauté ; à l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme ; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un partage provisionnel ». Ce texte suppose d'ailleurs que la succession a été régulièrement acceptée, conformément aux règles que nous avons étudiées dans le chapitre 1er.

Deux hypothèses sont indiquées par notre article. Dans la première phrase, il s'occupe du cas où les biens de la femme sans aucune distinction, meubles ou immeubles, échus à celle-ci, doivent tomber en communauté. Il ne rentre pas dans le cadre de ce travail d'examiner cette première hypothèse. Remarquons seulement en passant, qu'étant donnés les pouvoirs attribués par l'article 1421 au mari comme chef de la communauté, il était très naturel et très logique de lui reconnaître, comme l'a fait le législateur, le droit de provoquer, sans le concours de la femme, le partage de ces biens.

La deuxième hypothèse est, au contraire, relative aux biens qui ne tombent pas en communauté et le texte décide que, dans ce cas, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de la femme, qu'il peut seulement, s'il a le droit d'en jouir, ce qui est notre cas, en demander un partage provisionnel. Le partage définitif ne pourra être provoqué que par la femme autorisée comme de droit. Cette formule nous semble plus exacte que celle de l'article 818, qui dispose que le partage pourra être demandé par le mari *avec le concours de la femme* ; c'est bien plutôt la femme qui agira avec le concours, l'autorisation du mari, puisque c'est elle qui est héritière. Il n'y a, du

reste, pas plus à distinguer dans notre hypothèse que dans l'hypothèse précédente, entre les meubles et les immeubles; le texte emploie le mot très général *d'objet* et la combinaison des deux dispositions dont se compose le premier alinéa le prouve surabondamment (1).

Enfin le deuxième alinéa décide que le partage définitif pourra être aussi provoqué par les cohéritiers de la femme à la condition de mettre en cause et la femme elle-même comme cohéritière et le mari comme devant donner son autorisation.

En présence de cette dernière règle, il est difficile de comprendre comment on a pu prétendre que, si le mari ne pouvait pas seul intenter l'action en partage, il avait du moins le droit d'y défendre. La capacité requise pour défendre à une action en partage est, en général, la même que celle qui est nécessaire pour la provoquer. La loi ne fait d'exception que pour le tuteur et le père administrateur légal, lesquels peuvent défendre à une action en partage sans l'autorisation du conseil de famille dont ils ont besoin pour intenter cette action. Il est du reste difficile de dire plus clairement que ne le fait le dernier alinéa de notre article (en imposant aux cohéritiers de la femme qui veulent provoquer le partage, l'obligation d'appeler à la fois le mari et la femme), que le mari ne peut jamais défendre seul à l'action en partage. Tout ce que peut faire le mari sans le concours de la femme, c'est de demander un simple partage provisionnel.

Notons enfin que la femme peut intervenir, même malgré son mari, mais alors avec autorisation de justice, dans le jugement de toute action mobilière ou possessoire à raison de l'influence que ce jugement peut avoir sur son droit de propriété.

Section II. — Actions pétitoires.

La loi ne refuse pas expressément au mari l'exercice des actions pétitoires relatives aux propres de la femme;

(1) Aubry et Rau, VI, § 621 bis, note 22, p. 515.

aussi de rares auteurs et deux arrêts déjà anciens de la Cour suprême, l'un du 14 novembre 1831 (Sir. 1832, 1, 388) et l'autre du 15 mai 1832 (Sir. 32, 1, 390), ont-ils décidé que le mari pouvait exercer les actions pétitoires de la femme tout comme il a le droit d'exercer ses actions mobilières ou possessoires (1). On admet dans ce système que la femme a la faculté d'intervenir dans l'instance si elle le juge convenable, et on apporte en outre cette restriction que les jugements rendus avec le mari seul, n'ayant pas force de chose jugée contre la femme, ne pourront lui être opposés s'ils lui sont défavorables, et que, pour parer à cette éventualité, le défendeur à l'action du mari a le droit de mettre en cause la femme elle-même pour que les jugements soient déclarés communs avec elle.

Cette opinion qui en arrivait ainsi à se condamner elle-même par toutes les restrictions qu'elle était obligée d'admettre, est aujourd'hui complètement abandonnée ; il est à peu près universellement reconnu que le mari ne peut exercer seul les actions pétitoires de la femme. L'article 1428 n'accordant au mari que l'exercice des actions mobilières et possessoires, on doit décider par *a contrario* qu'il lui refuse nécessairement celui des actions pétitoires. Qu'on n'objecte pas, en effet, que, dans cet alinéa, les rédacteurs ont par oubli passé sous silence les actions pétitoires, de même que dans l'alinéa suivant ils ont, probablement par inadvertance comme nous le dirons nous-même, laissé de côté les meubles. Ce dernier oubli peut très bien s'expliquer si on considère le peu de place que tenait dans la richesse publique, la fortune mobilière, même lors de la rédaction du Code.

Pour les actions pétitoires, rien de semblable; elles ont une telle importance qu'il n'est raisonnablement pas permis de supposer que les rédacteurs ont oublié d'en parler. La loi n'avait d'ailleurs pas à s'expliquer à leur sujet.

---

(1) Toullier XII, 384 et suiv.

Voulant que le mari puisse exercer les actions mobilières et possessoires de la femme, elle a dû le dire formellement comme elle l'a fait; le droit commun est, en effet, que : celui-là seul peut déduire certains droits en justice qui en est propriétaire; c'est donc par dérogation au droit commun que le mari peut agir seul en matière d'actions mobilières et possessoires et cette dérogation devait être expressément formulée ; d'où la disposition de notre deuxième alinéa. Pour les actions pétitoires on reste sous l'empire du droit commun. Si donc le législateur n'en a pas parlé, c'est qu'il entendait en refuser l'exercice au mari agissant seul. Dire que celui-ci a seulement l'exercice des actions mobilières et possessoires, n'est-ce pas lui refuser implicitement et d'une manière très claire, celui des actions pétitoires. Puisqu'il s'agit d'un droit appartenant à la femme, pour que le mari pût le déduire en justice, il faudrait un texte spécial qu'on ne trouve nulle part. Rappelons enfin que l'article 233 de la coutume de Paris, dont l'article 1428 n'est que la reproduction, a toujours été entendu en ce sens.

La Cour de Cassation est du reste revenue sur l'opinion qu'elle avait consacrée dans les deux arrêts précités, dès le 16 décembre 1840 (Sir. 41, 1, 11).

A la règle absolue que le mari ne peut jamais exercer, en aucun cas ni à aucun titre, les actions pétitoires de la femme, on apporte en général un tempérament en décidant qu'il peut néanmoins les intenter dans la mesure du droit de jouissance qui appartient à la communauté sur les immeubles de la femme (1).

Le mari peut-il intenter seul, à propos des propres de la femme, l'action en bornage ? Dans un premier système

---

(2) Rodière et Pont, II, 907 ; Troplong, II, 1005 et suiv. ; Marcadé, s. art. 1428 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 29, p. 334 ; Colmet de Santerre, VI, n° 71 bis, IV ; Laurent, XXII, n^{os} 50-53 et 149 ; Guillouard, II, n° 819, p. 307. — Paris, 22 mars 1872 ; Dall. 72, 2, 169 ; Cass., 22 avril 1873 ; Dall., 73, 1, 428.

qui a été consacré par un arrêt de la Cour de Rouen du 6 novembre 1835, cette action n'est, par elle-même et en réalité, qu'un acte d'administration, le mari peut donc l'intenter sauf à faire intervenir la femme si une question de propriété est incidemment soulevée.

Nous croyons que la question doit se résoudre par une distinction. L'action en bornage ne soulève-t-elle aucune question de propriété, a-t-elle seulement pour objet la plantation de pierres-bornes, le mari peut l'intenter. Soulève-t-elle au contraire une question de propriété, les limites étant incertaines ou contestées, a-t-elle pour but de les faire fixer, comme le mari n'a que l'administration, il ne pourra pas l'exercer seul (1).

Quel que soit le parti auquel on s'arrête, il est certain que le mari cesserait d'avoir qualité pour exercer cette action, du moment où il y aurait séparation de biens.

C'est au mari qu'il appartiendrait à notre avis, de représenter la femme dans un ordre amiable ou judiciaire.

Il faut faire ici une remarque analogue à celle que nous faisions à propos des actions mobilières ou possessoires. Si le mari refusait d'autoriser sa femme à intenter une action immobilière, celle-ci pourrait se faire autoriser par justice. Mais l'autorisation du mari est toujours suffisante, peu importe que la femme soit majeure ou mineure. Même si elle est mineure elle pourra parfaitement exercer ses actions pétitoires, du moment que son mari l'y a autorisée, sans avoir besoin de l'assistance d'un curateur étranger ou d'une autorisation de la justice ou de la famille.

Si le mari ne peut pas intenter une action pétitoire relative à un immeuble propre de la femme, peut-il au moins défendre à une action de ce genre ? L'affirmative nous semble devoir être admise. En principe la défense est en effet de droit commun, de droit naturel. L'article 1428

---

(1) Marcadé, s. art. 646 ; Aubry et Rau, II, § 199, texte et notes 14, 15, p. 225.

n'interdit au mari que le droit d'*exercer*, c'est-à-dire d'intenter les actions pétitoires de la femme, et l'article 464 qui édicte la même prohibition pour le tuteur, dit seulement : « Aucun tuteur ne pourra *introduire en justice...* »; enfin l'article 134 donne, d'une manière générale, aux envoyés en possession provisoire, le droit de défendre à toutes les actions. Et cependant la loi a bien pensé à ce droit de défense puisque dans l'article 482 elle le refuse au mineur émancipé, à raison de sa situation inférieure vis-à-vis des autres administrateurs. On est donc autorisé à en conclure qu'elle l'accorde en général à tous les autres administrateurs et, comme aucun texte ne vient l'enlever au mari, on doit le lui reconnaître.

Qu'arrivera-t-il si le mari, outrepassant ses droits, intente une action immobilière de la femme ? Un arrêt de la Cour de Cassation du 14 novembre 1831 décide avec raison selon nous, que « l'action intentée par le mari, sans le concours de la femme, relativement aux immeubles de celle-ci, n'est pas viciée d'une nullité absolue ; nul ne peut s'en plaindre si la femme elle-même ne se plaint pas ». En d'autres termes si le jugement rendu sur une telle action, l'est en faveur du mari et par conséquent de la femme, celle-ci se gardera bien d'invoquer la nullité ; le jugement est-il au contraire défavorable, la femme ne manquera pas de le faire tomber par l'action en nullité. Sans doute il n'y a pas là un acte d'administration, nous l'avons vu ; donc le mari n'aura pas pu, en sa qualité d'administrateur, exercer une action pétitoire appartenant à sa femme. Mais qui l'empêche d'agir alors comme gérant d'affaires ? La solution de l'arrêt précité est conforme aux principes qui régissent la gestion d'affaires. Si le jugement obtenu par le mari est avantageux, elle ratifiera l'acte accompli et prendra ainsi pour elle les conséquences de cet acte : *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Si le jugement lui est désavantageux, usant du droit qui appartient à tout maître de l'affaire, elle n'acceptera pas l'acte du gérant, du mari. Rien donc que de très naturel à ce qu'elle

puisse et à ce qu'elle puisse seule, selon que le jugement rendu avec le mari sera ou non avantageux pour elle, ou se l'approprier, ou en invoquer la nullité.

Mais si le mari avait intenté l'action sans le concours de la femme et en outre *proprio nomine*, nous croyons que toute la procédure serait viciée d'une nullité absolue dont pourraient, par conséquent, se prévaloir les tiers et le mari aussi bien que la femme elle-même.

Enfin le mari pourrait avoir, au sujet des immeubles propres de la femme, une action pétitoire de son chef, il agirait alors, non plus comme administrateur; mais comme chef de la communauté. Cette action est l'action confessoire d'usufruit qui lui est utile pour faire connaître son droit, car la femme, en refusant d'exercer son action en revendication sur tel ou tel immeuble, priverait la communauté de la jouissance de cet immeuble. Cette action confessoire d'usufruit, ainsi reconnue au mari, ne pourra d'ailleurs en aucune façon interrompre la prescription pouvant courir contre la femme au profit du tiers détenteur; le mari ne prouve pas en effet que la femme est encore actuellement propriétaire de l'immeuble, objet de l'action, mais seulement qu'elle l'était à un moment où a pu naître le droit de jouissance de la communauté.

Néanmoins le mari pourrait être déclaré responsable car, comme tout usufruitier, il doit prévenir le nu-propriétaire des usurpations commises sur l'immeuble et, par conséquent, mettre sa femme en demeure d'exercer l'action pétitoire. Du reste, par l'action possessoire qu'il a toujours le droit d'intenter, il peut interrompre la prescription du tiers, et, s'il ne le fait pas en temps opportun, il est en faute, sauf si le mariage avait eu lieu à une époque où il lui aurait déjà été impossible d'interrompre la prescription. Nous aurons, du reste, à revenir sur cette question en traitant de la responsabilité du mari.

CHAPITRE III.

DES ACTES D'ALIÉNATION.

Il nous reste à nous occuper du droit, que peut avoir le mari, d'aliéner les propres de la femme et à déterminer les limites dans lesquelles il peut exercer ce droit. Ce point est réglé par le troisième alinéa de l'article 1428 ainsi conçu : « Il (le mari) ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme sans son consentement ». Comme on le voit, la loi ne parle pas des meubles. Quels seront les droits du mari à ce sujet, pourra-t-il les aliéner, comment et dans quel cas le pourra-t-il ; telle est la question que nous nous proposons d'examiner dans une première section, puis, dans une deuxième, nous nous attacherons à l'aliénation des immeubles.

Section I. — Actes d'aliénation concernant les meubles propres de la femme.

La question de savoir si le mari peut aliéner les meubles propres de sa femme est une de celles qui ont soulevé les plus vives controverses, et, bien que sous le régime de communauté le mobilier présent et futur de chacun des époux soit en général commun, elle n'en a pas moins une importance pratique considérable.

§ 1.— Meubles qui restent propres.

Même sous le régime de communauté légale, en effet, la femme peut avoir des meubles qui lui restent propres. Ne tombent pas en communauté :

1° Les meubles incessibles, comme les rentes viagères données ou léguées sous la condition de ne pouvoir être cédées, ou constituées à titre alimentaire, les soldes de retraite, les pensions dues par les administrations publi-

ques et par l'État, toutes déclarées incessibles et insaisissables par la loi ;

2° Les objets mobiliers que les époux se sont réservés par une clause du contrat de mariage ;

3° Ceux donnés ou légués à l'un des époux sous la condition expresse qu'ils resteront propres ;

4° Tous les produits, autres que les fruits, qui proviennent à l'un des conjoints durant le mariage d'un propre, comme les produits de carrières non ouvertes lors de la célébration du mariage, la moitié du trésor trouvé sur un propre et revenant au conjoint *jure soli*, l'indemnité payée par une compagnie d'assurances en cas d'incendie d'un propre ; enfin, comme disait déjà Pothier, « toutes choses mobilières substituées pendant la durée de la communauté à un propre de l'un des conjoints ». Cette règle comporte cependant une limite résultant de sa combinaison avec les règles de l'usufruit. La communauté a, en effet, l'usufruit des propres. Si le propre est un meuble qui se consomme par le premier usage, se détériore en le gardant ou est destiné à être vendu, la communauté, dont le mari est le chef, en devient propriétaire en vertu de son quasi-usufruit. On exprime souvent cette idée en disant qu'un tel meuble tombe en communauté sauf récompense, c'est-à-dire sauf à la communauté à en payer le prix. On appelle souvent aussi les propres de cette nature, propres imparfaits. Ainsi le prix de vente d'un immeuble propre de la femme, une fois qu'il est payé à la communauté, est un propre imparfait ;

5° Enfin, les assurances sur la vie faites au profit du conjoint survivant.

§ 2. — Le mari peut-il aliéner un meuble propre de la femme?

On voit par cette simple énumération qu'il y a encore un intérêt pratique très considérable à savoir si le mari peut aliéner un meuble propre de la femme.

Il faut d'abord écarter du débat certains points qui ne présentent aucune difficulté, et dont la solution est reconnue par tout le monde.

Ainsi il est bien certain que le mari ne peut disposer à titre gratuit des meubles appartenant à la femme. C'est là un droit qui n'a jamais été regardé comme un attribut des droits d'un administrateur. On excepte cependant de cette prohibition générale, les présents d'usage.

Par contre, il est absolument hors de doute que le mari peut aliéner, en vertu des règles du quasi-usufruit, les biens qui se consomment *primo usu*, les choses fongibles, ce que nous avons appelé les propres imparfaits. Ces biens tombent en effet en communauté, sauf récompense il est vrai, et par suite le mari a le droit de les aliéner tout comme il pourrait le faire d'un bien commun quelconque.

Certains biens sont, par leur nature, destinés à être vendus ; le mari a non seulement le droit, il a aussi le devoir de les vendre sauf à en restituer le prix, ou des choses de même qualité, quantité et valeur.

L'article 2279 n'enlève pas du reste, comme on pourrait être tenté de le croire au premier abord, tout intérêt à la question. Il suppose, en effet, pour pouvoir être utilement invoqué, que l'acquéreur est de bonne foi et qu'il a été mis en possession ; or il peut très bien arriver que l'une ou l'autre de ces conditions ne se rencontre pas, par exemple que l'acquéreur soit de mauvaise foi, ou qu'il n'ait pas encore été mis en possession, ou même les deux choses à la fois. D'un autre côté les immeubles incorporels, qui ont acquis aujourd'hui un si grand développement et tiennent une si large place, dans la fortune mobilière, échappent à la disposition de l'article 2279.

Nous laisserons de côté les cas exceptionnels où le mari peut certainement aliéner les meubles propres de la femme pour nous occuper des propres parfaits. C'est à propos de ces biens, qui forment la règle générale, que notre question s'est posée et a été résolue en deux sens absolument opposés.

D'après un premier système très en vogue dans notre

ancien droit, soutenu depuis encore par des auteurs d'une très grande autorité et quelques arrêts déjà anciens, le mari aurait toujours et dans tous les cas le droit d'aliéner les meubles propres de la femme (1). Les arguments invoqués à l'appui de cette opinion sont nombreux; nous allons passer en revue les principaux, et nous verrons s'il est permis d'en tirer la conséquence posée comme une règle certaine par les partisans de ce premier système.

On invoque d'abord l'ancien droit. Nos anciens auteurs ont toujours considéré le droit d'aliéner les meubles propres de la femme comme inhérent à la qualité de chef de la communauté. Pothier distinguant, à propos de la clause de réalisation, ce qu'il appelle les propres réels de communauté, des propres conventionnels, disait: « Les mobiliers réalisés, ou propres conventionnels, se confondent dans la communauté avec les biens mobiliers de la communauté, qui est seulement chargée d'en restituer, après sa dissolution, la valeur à celui des conjoints qui les a réalisés. En conséquence *le mari*, comme chef de la communauté, *peut aliéner les meubles que la femme a réalisés* ». Or, dit-on, rien ne permet de supposer que les rédacteurs du Code ont entendu s'écarter de ces principes.

Il est incontestable, en effet, que, dans notre ancien droit, le mari pouvait aliéner les meubles propres de la femme. Mais doit-il encore en être de même aujourd'hui; c'est ce que nous ne croyons pas. On sait d'abord quels pouvoirs exorbitants l'ancien droit attribuait au mari. De plus la solution de nos anciens auteurs se comprenait très bien, étant donné le peu d'importance qu'on attachait à cette époque aux meubles et qui se traduisait par le bro-

---

(1) Pothier, traité de la communauté, n° 325; Troplong, II, n° 982 et III, n°s 1936, 1937; Aubry et Rau, V, § 522, texte et note 33, p. 458-459. La Cour de Paris qui avait consacré ce système par deux arrêts des 21 janvier et 15 août 1837, est revenue sur son opinion en 1839.

card bien connu : *Vilis et abjecta est mobilium possessio*, ou cet autre : *Res mobilis, res vilis*. Il n'y avait donc pas grand danger à donner au mari un droit qu'il ne pouvait exercer que sur des choses d'aussi peu de valeur ; il n'était pas à craindre qu'il pût porter une grave atteinte aux biens de la femme et compromettre ainsi sa fortune. Aujourd'hui la situation est bien différente. La fortune mobilière a acquis un développement considérable, au point, non seulement d'égaler, mais encore de dépasser bien souvent et de beaucoup la fortune immobilière ; la solution ne peut donc plus être la même. Donner, en effet, au mari le droit d'aliéner les meubles propres de la femme serait lui permettre de disposer, non seulement d'une certaine partie, mais encore, d'après une tendance qui se généralise de jour en jour davantage, de la totalité de la fortune de la femme. Est-ce là le but que s'est proposé le législateur? Évidemment non.

Il est en outre à remarquer que le motif sur lequel nos anciens auteurs fondaient leur opinion est aujourd'hui inacceptable. Ainsi, d'après Pothier, si le mari peut aliéner les meubles, c'est que « la communauté est propriétaire de ces meubles et a seulement l'obligation d'en restituer la valeur à l'expiration de sa jouissance ». Or, il est évident que ce motif est actuellement inacceptable et ne peut être sérieusement défendu par personne.

Nous ne nions pas du reste que l'ancien droit n'ait exercé une influence plus ou moins directe sur les pouvoirs d'administration du mari ; nous n'en voudrions pour preuve que cette disposition du deuxième alinéa de l'article 1428 qui permet au mari d'exercer toutes les actions, mobilières de la femme, et constitue ainsi une anomalie assez difficile à justifier. Mais, pour l'exercice des actions il existe une disposition spéciale du Code, tandis que, pour les actes d'aliénation relatifs aux meubles, nous n'en trouvons nulle part.

L'argument tiré de l'ancien droit ne prouve donc, dans l'état actuel de notre droit, absolument rien.

On invoque, en second lieu, l'article 1428 lui-même. La loi, dit-on, interdit au mari d'aliéner *les immeubles* propres de la femme, mais elle ne parle pas des meubles ; comme cette interdiction ne s'applique qu'aux immeubles, il faut en conclure que le mari aura le droit d'aliéner les meubles ; la loi elle-même le reconnaît implicitement. Cela, d'ailleurs, ne se rencontre pas seulement pour le mari, nous le voyons encore pour l'envoyé en possession provisoire (art. 128), le tuteur, même le père ou la mère (art. 457). Si les articles 126, alinéa 2 (envoi en possession provisoire), et 452 (tutelle) ordonnent, pour des cas particuliers, la vente de certains meubles, ce n'est pas à dire que la loi la prohibe en général, bien au contraire.

Pourquoi, au surplus, ne reconnaîtrait-on pas au mari le droit d'aliéner les meubles propres de la femme, en présence des termes de ce troisième alinéa, quand pour le deuxième et au moyen d'un raisonnement identique, on aboutit à lui interdire l'exercice des actions immobilières pétitoires.

Remarquons d'abord que nous nous trouvons ici en présence d'un de ces arguments *a contrario* au moyen desquels on fait trop souvent dire au législateur des choses auxquelles il n'a peut-être jamais pensé, et dont par conséquent il faut user avec la plus grande sobriété possible. Mais en admettant même qu'un tel argument ait en général une valeur intrinsèque réelle, l'aurait-il dans le cas particulier qui nous occupe? Nous ne le croyons pas. Nous venons de le dire, les rédacteurs ont évidemment subi l'influence de notre ancien droit ; on serait donc déjà autorisé à dire que pensant à la maxime : *Res mobilis, res vilis,* ils n'ont pas cru devoir s'occuper des meubles ou, ce qui est plus probable, qu'ils les ont oubliés, à cause de leur peu d'importance, sans vouloir, pour cela, donner pour l'aliénation des meubles par le mari, une autre règle que pour celles des immeubles. Cet oubli ne surprendra d'ailleurs personne si l'on songe aux époques agitées qui virent l'élaboration et la confectien du Code Napoléon et

surtout à la bien petite place que tenait encore à ce moment la fortune mobilière. Mais nous ne nous arrêtons pas là et nous croyons qu'en parlant des *immeubles*, le législateur avait en vue également les meubles et qu'il entendait parler sans distinction de *tous les biens* propres de la femme. Quels sont, en effet, les biens qui constituent des propres pour la femme? Les immeubles, telle est la première réponse qui vient à l'esprit. Certains meubles peuvent, il est vrai, comme nous l'avons indiqué plus haut, former des propres, mais il faut pour cela un concours de circonstances particulières dont quelques-unes au moins se rencontrent assez rarement en pratique.

Quand on parle de propres de la femme, on pense de prime abord aux immeubles. C'est ce qui est arrivé au législateur; et ici, comme dans bien d'autres cas, la loi a statué *de eo quod plerumque fit*. Elle a établi une règle générale, règle à laquelle, dans le doute ou dans le silence gardé par elle sur tel ou tel point particulier, il faut recourir: la règle de l'article 1428, à savoir que le mari ne peut aliéner seul aucun bien de la femme. Ainsi tombe cet argument de texte auquel les partisans du système opposé semblent attacher une si grande importance. Ainsi tombent également et pour les mêmes raisons, les arguments qu'on prétendait tirer des articles 128 et 457 qui ne peuvent, au surplus, être d'aucun poids dans notre question. Enfin, ce qui prouve bien que le législateur a entendu interdire en général à tout administrateur le droit d'aliéner les meubles de l'administré, c'est que, quand il veut qu'il en soit autrement, il le dit en termes formels comme il l'a fait dans les articles 126 et 452.

En troisième lieu, continue-t-on, l'article 1449 reconnaît expressément que le pouvoir d'aliéner est compris dans les pouvoirs généraux d'administration de la femme séparée de biens; cela résulte clairement de la combinaison des deux premiers alinéas de cet article. Le mari commun, étant aussi un administrateur des biens de sa femme, doit donc avoir également le droit d'aliéner les meubles de celle-ci.

Voici notre réponse :

L'article 1449 a été spécialement écrit pour la femme séparée et on ne voit pas trop jusqu'à quel point, on en pourrait étendre les dispositions à un simple administrateur comme le mari. Ce qui se comprend et se justifie très bien pour la femme séparée ne serait plus compréhensible quand il s'agit d'un simple administrateur. Que dit en effet l'article en question ? « La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en *reprend* la libre administration » ; en d'autres termes elle n'est plus seulement comme elle l'était jusque là, un nu-propriétaire, elle reprend la propriété pleine et entière de ses biens. En cette qualité, et puisqu'aucun droit étranger ne vient plus contrarier le sien, elle a le pouvoir, qui appartient à tout propriétaire, d'aliéner ses meubles. Il était donc absolument inutile de dire dans le deuxième alinéa « qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner » ; il n'y a là qu'une application pure et simple du droit commun. Ce n'est pas sa qualité d'administrateur, mais bien celle de propriétaire, qui lui donne ce droit. L'utilité de ce second alinéa ne se montre que dans la comparaison avec l'alinéa suivant. Ce dernier enlève à la femme le droit normal et ordinaire de tout propriétaire d'aliéner ses immeubles si elle n'obtient pas le consentement du mari, ou si, à son refus, elle ne se fait pas autoriser par les tribunaux. Ses droits ne sont donc restreints qu'en ce qui concerne l'aliénation de ses immeubles, mais pour le surplus ils restent entiers. Seulement le législateur a tenu à préciser et à reconnaître formellement à la femme séparée la faculté d'aliéner ses meubles, d'où la disposition de ce deuxième alinéa dont, nous le répétons, on aurait fort bien pu se passer sans que les résultats soient le moins du monde changés.

L'article 1449 peut, il est vrai, fournir un argument sérieux relativement au point qui nous occupe, mais cet argument condamne formellement le système de Pothier. En parlant, en effet, dans son premier alinéa, des pouvoirs d'administration de la femme séparée, et,

dans le deuxième, du droit d'aliéner les meubles, ce texte établit entre ces deux sortes de droits une opposition des plus significatives. Aliéner un meuble ne rentre donc pas, d'après cet article lui-même, dans les actes d'administration, donc le mari administrateur ne pourra pas aliéner un meuble propre de sa femme.

Avec l'article 1428, on reconnaît au mari le droit d'exercer toutes les actions mobilières de la femme, on doit donc lui reconnaître également celui d'aliéner ses meubles. En exerçant une action mobilière, n'arrive-t-on pas à une aliénatton indirecte tout au moins éventuelle. Si on interdit au mari d'aliéner un meuble, il pourra s'entendre avec un tiers, agira en justice au sujet de ce meuble, puis, se laissant condamner, arrivera néanmoins à son but : l'aliénation. Quelle différence y a-t-il entre une aliénation à laquelle on arrive de cette manière et une aliénation consentie dans les conditions normales ; et si le mari peut faire l'une pourquoi l'empêcher de faire l'autre ? Au surplus il est de règle que toute personne qui peut exercer une action mobilière, peut aliéner le meuble objet de cette action.

Il y a là, nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer, un souvenir de l'ancien droit, qui forme dans l'ensemble des dispositions de la loi actuelle une anomalie que nous ne nous chargeons pas d'expliquer autrement et qui n'est pas d'ailleurs la seule. Nous ne pouvons encore une fois que constater une chose, c'est que la loi est ainsi et que, telle qu'elle est, elle doit être respectée. La prétendue règle invoquée dans l'opinion adverse, d'après laquelle quiconque peut intenter une action aurait le droit d'aliéner les biens auxquels ces actions s'appliquent, est loin d'être générale.

Ainsi le tuteur qui peut, avec l'autorisation du conseil de famille, intenter une action immobilière, ne peut, avec cette seule autorisation, aliéner un immeuble de son pupille (art. 457 et 464).

« Toutes les lois, tous les décrets, depuis la loi du

24 mars 1806, le décret du 25 septembre 1813, jusqu'à la loi du 27 février 1880, qui sont venus apporter des entraves à la faculté pour les administrateurs de disposer des meubles, démontrent clairement qu'il était nécessaire de réformer en cela le système du Code ».

Cet argument, toujours *a contrario*, ne nous semble pas beaucoup plus fondé que les précédents. D'abord la loi du 24 mars 1806 ne nous paraît pas restreindre les pouvoirs du tuteur, mais bien au contraire les étendre, en accordant à celui-ci le droit d'aliéner les rentes du mineur jusqu'à concurrence de 50 francs. Il est difficile de voir là une restriction. C'est un droit spécial que la loi accorde au tuteur, et voilà tout. Quant aux autres lois elles contiennent simplement des règles auxquelles les différents administrateurs devront se conformer dans les cas, visés par ces lois, où ils auront le droit d'aliéner certains meubles. Nous trouvons que, loin de nous être hostiles, tous ces textes ne font que corroborer la solution que nous adoptons, en accordant à l'administrateur, pour certains cas, mais pour ces cas seulement, le droit d'aliéner les meubles de l'administré.

Enfin, nous disent MM. Aubry et Rau, « refuser au mari la faculté d'aliéner les meubles corporels de sa femme, ce serait le placer, au détriment de la communauté, dans l'impossibilité de convertir en deniers productifs des objets peut-être inutiles ou sujets à dépérissement ». Mais cet argument nous semble tout à fait en dehors de la question, et tout le monde est d'accord sur ce point. C'est ainsi que nous verrons que le mari peut toujours aliéner un meuble sujet à dépérissement ainsi que certains autres meubles. Mais quand il s'agit de meubles autres que ceux dont parlent MM. Aubry et Rau, cet argument n'a plus aucune espèce de portée; il est, nous le répétons, absolument en dehors de la question.

De ces nombreux arguments présentés à l'appui de la thèse de Pothier, aucun ne nous semble digne d'être pris en sérieuse considération ; aussi nous rangeant à l'opinion générale de la doctrine et de la jurisprudence, nous déci-

derons qu'en principe, et sauf quelques cas exceptionnels que nous avons déjà signalés ou dont nous aurons à dire un mot, le mari commun n'aura jamais le droit d'aliéner sans le concours de la femme, les meubles propres de celle-ci, corporels ou incorporels (1).

L'article 1988, texte principe en notre matière, et dont se gardent bien de parler les partisans du système que nous avons repoussé, suffirait à lui seul à lever tous les doutes ; il est péremptoire. Comme l'article 1449 le fait d'une façon spéciale pour la femme séparée de biens, l'article 1988 oppose dans ses deux dispositions les pouvoirs d'administration à ceux d'aliénation. Il dit en effet : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ». S'il ne s'agit que d'actes d'administration, un mandat conçu en termes, généraux suffit ; par contre s'il s'agit de faire d'autres actes qui ne peuvent plus être regardés comme de simples actes d'administration, si en un mot il s'agit d'aliéner, alors il faut un mandat exprès.

Le mot *aliéner* est pris ici dans son sens le plus large, son vrai sens quand il se trouve seul, sans complément qui vienne en restreindre la portée, c'est-à-dire dans le sens de disposition d'un bien quelconque. Qu'on ne vienne pas nous objecter que le mot hypothéquer qui l'accompagne, est précisément ce complément. Hypothéquer ne peut avoir trait, il est vrai, qu'aux immeubles puisque les

---

(1) Marcadè, s, art. 1428, II ; Rodière et Pont, II, 1279 ; Colmet de Santerre, VI, nos 71 *bis*, IX et X et 163 *bis*, IX à XI ; Laurent, XXII, nos 162-164 ; Guillouard, no 814, p. 301-304. La jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer, à notre connaissance du moins, en ce qui touche les meubles corporels; mais en ce qui concerne les meubles incorporels nous trouvons en notre faveur de nombreux arrêts dont les plus récents sont : Cass., 5 novembre 1860, Dall., 61, 1, 81 ; 4 août 1862, Sir., 62, 1, 935 ; 17 décembre 1872, Dall., 73, 1, 154.

meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ». Mais qu'est-ce que cela prouve? Tout simplement que la loi énumère à titre d'exemple quelques-uns des actes de propriété. Elle s'occupe d'abord du droit d'aliéner le plus large et le plus absolu de tous les actes qu'il appartienne au propriétaire de faire, puis du droit d'hypothéquer qui ne peut s'exercer qu'au sujet des immeubles, enfin « de quelque autre acte de propriété ». Mais le droit d'hypothéquer, deuxième exemple qu'indique la loi, ne peut en rien influer sur le premier (droit d'aliéner), et le sens de l'article est tout aussi clair que s'il avait été conçu dans des termes comme ceux-ci : « S'il s'agit d'aliéner un bien quelconque, meuble ou immeuble, ou d'hypothéquer les immeubles, etc.. ». Quand la loi veut restreindre le sens large et ordinaire du mot *aliéner* elle le dit formellement, comme elle le fait, à propos des droits du tuteur, dans l'article 457, en disant à propos des biens du mineur : « Le tuteur, même le père ou la mère.... ne peut aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles.... » Ces derniers mots s'appliquent de toute évidence au mot *aliéner*, puisqu'on ne peut hypothéquer que des immeubles ; si on voulait les considérer comme ne se rapportant qu'au mot hypothéquer, leur présence dans le texte serait complétement inutile et constituerait même un pléonasme. Les rédacteurs ont inséré ces mots *biens immeubles* pour indiquer nettement qu'il ne fallait pas, dans le cas de cet article, entendre le mot *aliéner* dans son sens absolu, de disposition de toute espèce, mais comme ne s'appliquant qu'aux immeubles.

N'aurions-nous donc que ce seul article 1988, nous serions encore autorisé à dire qu'un administrateur ne peut aliéner un meuble appartenant à l'administré, à moins que ce droit ne lui soit accordé par l'effet d'une convention ou par une disposition spéciale de la loi, par conséquent, que le mari ne peut jamais, sans le concours de sa femme, aliéner un meuble propre de celle-ci, car aucun texte ne le lui permet.

§ III. — Exceptions à la règle que le mari ne peut aliéner les meubles propres de la femme.

La règle que le mari ne peut aliéner seul les meubles personnels de sa femme souffre cependant quelques exceptions. Nous en avons déjà signalé quelques-unes au commencement de ce chapitre, rappelons les brièvement.

Bien que le mari ne puisse en principe disposer à titre gratuit d'aucun meuble de la femme, il peut cependant faire les *présents d'usage;* ce sont des donations nécessaires. Mais il ne pourra les faire qu'avec les meubles qu'il lui est, par exception, permis d'aliéner.

Le mari peut aliéner :

Les meubles qui se consomment par le premier usage, les choses fongibles, comme l'argent, les grains, les liqueurs, etc... Il a en effet le droit de faire valoir tous les biens de la femme et d'en tirer tout le parti possible ; or, comme ces biens se consomment par l'usage que l'on en fait, qu'on ne peut pas s'en servir sans les aliéner, il faut bien que le mari ait à leur égard le droit d'aliénation ;

Les meubles destinés à être vendus; ainsi ceux faisant ou devant faire l'objet d'un commerce ;

Les meubles qui se détériorent facilement par l'usage ou en les gardant ;

Les produits en nature, autres que les fruits.

S'il s'agit de capitaux ou de revenus, le mari peut en disposer comme bon lui semble; il en est devenu propriétaire en vertu de son quasi-usufruit ; il n'est pas obligé, quand le contrat de mariage est muet sur ce point, d'en faire un emploi quelconque, comme l'envoyé en possession provisoire (art. 126), le tuteur (art. 455, et loi du 27 février 1880), le grevé (art. 1066), etc...

Il est même des cas où le mari peut aliéner des meubles incorporels. Ainsi il a le droit de toucher le montant d'une créance échue de la femme, même de poursuivre le débi-

teur pour le forcer à se libérer entre ses mains. Il y a là une véritable aliénation de la créance, mais une aliénation nécessaire puisque le débiteur peut le forcer, au moyen d'offres réelles, à accepter le paiement.

Nous avons vu que le mari pouvait toucher une créance, même avant l'échéance, si le terme avait été établi en faveur du débiteur.

Comme conséquence il peut donner quittance définitive et mainlevée des hypothèques qui garantissaient la créance. Nous avons vu également qu'il peut en certains cas recevoir le remboursement des rentes sur l'Etat et aliéner ainsi la créance qu'avait la femme contre l'Etat.

Mais pour les meubles qui ne rentrent pas dans une des catégories précédentes, le mari ne peut jamais les aliéner seul. Encore faudrait-il excepter le cas où le mari, ayant vendu et livré à un tiers un de ces meubles propres de la femme, ce tiers pourrait se prévaloir de l'art. 2279; bien qu'ayant été faite sans aucun droit par le mari, une telle aliénation n'en serait pas moins parfaitement valable pour le tiers acquéreur.

Il reste entendu que le mari pourra toujours aliéner valablement un meuble propre de la femme avec le consentement de celle-ci (1).

Section II. — Actes d'aliénation relatifs aux immeubles propres de la femme.

Le mari peut-il aliéner un immeuble propre de la femme? — Pour les immeubles, la loi consacre encore (art. 1428, al. 3), et cette fois sans qu'il puisse s'élever à ce sujet aucune espèce de difficulté, le principe général d'après lequel le propriétaire seul peut aliéner ses biens. Elle interdit au mari le droit d'aliéner les immeubles personnels de sa

(1) Cass., 17 décembre 1872, Dall., 73, 1, 154.

femme, que l'aliénation soit d'ailleurs à titre ou à titre gratuit onéreux, totale ou partielle. « Il (le mari) ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement ». Cet alinéa est assez mal rédigé ; la femme n'a pas en effet à donner son consentement; c'est précisément l'inverse qui a lieu, c'est le mari qui doit donner son autorisation. Le texte vise sans doute le cas où la femme, n'agissant pas elle-même, donne, à cet effet, mandat à son mari.

Cette interdiction doit être appliquée à la constitution d'hypothèque, de servitudes, d'antichrèse, et aussi à la transaction et au compromis. Spécialement le mari ne peut, en recevant une indemnité pour le préjudice que des travaux publics ont causé à des propres de sa femme, renoncer à d'autres indemnités auxquelles de nouveaux dommages pourraient donner lieu dans l'avenir, ni concéder seul l'ouverture d'une carrière ou d'une minière sur un propre de la femme (1).

La femme peut-elle revendiquer son immeuble propre aliéné sans droit par le mari ?

1° *Après la dissolution de la communauté.* — De tout ce qui précède, il résulte qu'en règle générale et sauf quelques rares exceptions dont nous n'avons plus à nous occuper maintenant, le mari n'a le droit d'aliéner aucun bien personnel de la femme. Qu'arrivera-t-il si malgré cette prohibition, le mari fait cependant une aliénation de ce genre ? Dans le système que nous avons adopté, la question se pose aussi bien pour les meubles que pour les immeubles, mais, pour ne pas compliquer l'espèce par des difficultés sur le droit de revendication, nous l'envisagerons seulement par rapport aux immeubles. Les mêmes résultats seraient d'ailleurs obtenus et la même solution devrait être donnée *mutatis mutandis* pour les meubles.

---

(1) Cons. d'Et., 28 février 1845, Dall., 45, 3, 125 ; Amiens, 30 novembre 1837, Dall., *Cont. de mariage*, n° 1312.

Il est tout d'abord certains points qui ne présentent aucune difficulté. Ainsi le mari a aliéné l'immeuble à titre gratuit, en dehors du cas prévu par l'article 1547, il en a fait donation; comme il n'est lui-même tenu à aucune garantie, à plus forte raison la femme n'en sera-t-elle pas tenue et pourra-t-elle par conséquent intenter contre le donataire l'action en revendication. Même si l'aliénation a été faite par le mari à titre onéreux, la femme pourra certainement encore revendiquer l'immeuble ainsi aliéné si elle renonce à la communauté; elle devient ainsi étrangère au passif comme à l'actif et l'action en garantie, qui était tombée en communauté, ne lui est plus opposable. Le mari a vendu l'immeuble comme propre de la femme, ou, même sans cette déclaration, le tiers, par suite d'une circonstance quelconque, a su que l'immeuble appartenait en réalité à la femme, c'est-à-dire qu'il a été de mauvaise foi. Ici encore aucune garantie n'est due par le mari (art. 1997) et encore bien moins par la femme. Le tiers savait dans quelles conditions il traitait, c'était à lui à prendre ses précautions.

Il en est encore de même si le mari a vendu l'immeuble avec stipulation de non-garantie. La femme pourra donc revendiquer, sauf pour elle à restituer la part du prix qu'elle a recueillie comme commune si elle a accepté la communauté.

Pour que la question se pose, il faut donc que le mari ait aliéné seul, à titre onéreux et comme lui appartenant, un immeuble propre de la femme, en outre qu'il soit tenu à garantie, enfin que la femme accepte la communauté. Mais, même ainsi restreinte, la question n'en a pas moins encore une grande importance, aussi a-t-elle été et est-elle encore l'objet d'une sérieuse et vive controverse. Quatre systèmes sont en effet en présence.

Dans une première opinion, admise dans notre ancien droit et soutenue aujourd'hui encore par des auteurs considérables, la femme pourrait revendiquer la totalité de l'immeuble aliéné par le mari dans les conditions que

nous avons supposées, sauf à payer à l'acquéreur évincé la moitié, tant du prix d'acquisition que des dommages et intérêts auquel cet acquéreur peut avoir droit (1).

Dans un deuxième système, qui ne diffère du premier que sur un point secondaire, la femme pourrait encore revendiquer la totalité de l'immeuble, mais elle ne serait plus tenue de payer à l'acquéreur évincé que la moitié du prix d'acquisition ; pour ce qui est des dommages-intérêts elle n'en serait tenue en aucun cas.

Les arguments invoqués à l'appui de ces deux premiers systèmes peuvent se résumer de la façon suivante :

Presque tous nos anciens auteurs reconnaissaient à la femme le droit de revendication pour la totalité. Pothier qui dans son *Traité de la vente* (n° 180) enseignait d'après la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, que la femme ne pouvait revendiquer que la moitié de son immeuble, idée qui d'ailleurs a été reprise de nos jours, comme nous le verrons tout à l'heure, est revenu ensuite sur sa première opinion et admet, avec la grande majorité de nos anciens auteurs, dans son *Traité de la Communauté* (n° 253), que la femme peut revendiquer pour la totalité (2).

Ce droit de revendication de la femme est d'ailleurs conforme aux principes généraux de notre droit actuel. Quand une personne aliène sans mandat un immeuble qui ne lui appartient pas, le propriétaire a toujours le droit de revendiquer son bien. Que cette personne soit un tiers quelconque ou le mari, peu importe ; ce dernier n'a pas, par hypothèse, reçu mandat de la femme ; d'un autre côté, l'article 1428 lui interdit formellement d'aliéner un immeuble, il est donc exactement dans la même situation qu'un tiers quelconque, et dès lors il est très logique que la femme puisse revendiquer pour la totalité son immeuble ainsi aliéné.

---

(1) Rodière et Pont, II, n° 912 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 24, p. 347-348 ; Guillouard, II, n° 805, p. 290-293.

(2) Renusson, part. I, ch. VI, n° 64.

Il ne faut pas confondre les effets qu'entraîne l'acceptation de la communauté avec ceux qui découlent de l'acceptation d'une succession. « L'héritier pur et simple, disent MM. Aubry et Rau, qui succède aux obligations du défunt, telle qu'il les avait contractées, en est tenu dans toute leur étendue. La femme, au contraire, ne succède pas au mari et ne prend pas sa place. Ce n'est qu'en qualité d'associée qu'elle peut être tenue des obligations contractées par ce dernier. A ce titre elle est bien soumise à la restitution de la moitié du prix payé par l'acheteur, et même au paiement de la moitié des dommages-intérêts, mais elle ne saurait être obligée de respecter l'aliénation faite par le mari, qui n'a pu la soumettre à une pareille obligation, par cela même qu'il lui était défendu de vendre le propre de la femme sans son consentement ». La femme, ajoute-t-on, est tenue de restituer la moitié du prix et de payer la moitié des dommages-intérêts parce que, comme commune en biens, elle est tenue de toute les condamnations qui peuvent être prononcées contre son mari, mais elle n'est pas soumise à la garantie de la vente de son propre.

On a même été jusqu'à soutenir que le mari n'était tenu à aucune garantie. L'acheteur est, de plein droit, réputé savoir que l'immeuble appartenait en réalité à la femme ; il est nécessairement acquéreur de mauvaise foi, parce qu'il est de règle qu'on ne peut jamais ignorer la position de celui avec qui on contracte. Cet argument que nous n'avons rapporté qu'à cause de son originalité ne peut supporter le moindre examen. Ce serait en effet le renversement complet du principe que la mauvaise foi ne se présume jamais. La mauvaise foi serait alors la règle, et la bonne foi, l'exception ; tel est en somme le résultat éminemment inique, auquel on arriverait.

Une troisième opinion ne permet à la femme de revendiquer que la moitié de l'immeuble aliéné (1). Cette opi-

(1) Toullier, XII, n° 226 ; Troplong, n°s 730-733 ; Marcadé, s. art. 1428, III, p. 527 ; Colmet de Santerre, VI, n° 71 *bis*, XIV-XIX ; Laurent, XXII, n°s 155-157.

nion est consacrée par le seul arrêt que nous avons trouvé sur cette question. (Arrêt d'Amiens du 18 juin 1814. Sir., 14, 2, 394).

Nous croyons qu'il faut faire un pas de plus et décider que la femme ne pourra jamais agir en revendication contre l'acheteur, même pour la moitié de l'immeuble.

Tout le raisonnement tenu dans les deux premiers systèmes, repose sur ce fait que la garantie reste personnelle au mari et que ce sont seulement deux conséquences de cette garantie, la restitution du prix et le paiement des dommages-intérêts, qui tombent dans la communauté. Mais ces deux obligations ne sont, comme on le reconnaît, que des conséquences de l'obligation principale de garantie, en d'autres termes c'est l'obligation de garantie elle-même, une traduction en argent d'une obligation de ne pas faire à laquelle le mari débiteur ne s'est pas conformé. Qu'est-ce donc que cette obligation de garantie, sinon une dette contractée par le mari pendant le mariage, et quel est le sort d'une telle dette ? L'article 1409 le dit assez clairement : « La communauté se compose passivement... 2° des dettes... contractées par le mari pendant la communauté ». Pour soustraire la garantie à cette règle très générale il faudrait prétendre, ce qu'on n'a jamais fait, que l'obligation de garantie prenant naissance à l'occasion de la vente par le mari d'un immeuble propre de la femme n'est pas « une dette contractée par le mari pendant la communauté », ou alors, nous montrer un texte spécial rendant inapplicables à la dette particulière de garantie, les dispositions de notre article réglant la situation de toutes les dettes sans exception contractées par le mari pendant le mariage ; or cela est impossible pour cette excellente raison qu'un pareil texte n'existe pas.

On objecte, nous l'avons vu, qu'avec notre solution ou même dans le troisième système on arriverait à tourner l'interdiction pour le mari d'aliéner un immeuble propre de la femme sans son consentement. Il faut, dit-on, et c'est là l'argument auquel les partisans des premiers sys-

tèmes semblent attacher le plus d'importance, il faut pour qu'une aliénation de ce genre soit valable, que la femme y consente, ce consentement est une condition *sine qua non* de la validité de la vente. Or si l'on admet que la femme ne peut pas revendiquer, on arrive ainsi à valider une vente faite sans son concours.

Cette objection ne nous paraît pas très sérieuse. Nous reconnaissons qu'il faut, pour que l'aliénation consentie par le mari soit valable, que la femme y consente; mais ce consentement existe, c'est l'acceptation par elle de la communauté. La perte de son bien résulte en effet pour elle, non pas tant de l'aliénation faite par le mari, que de l'acceptation, purement volontaire de sa part, par laquelle elle s'est soumise à l'obligation de garantie. Si elle abandonne son immeuble à l'acquéreur, si elle ne peut plus le revendiquer c'est qu'elle l'a bien voulu; pour le reprendre elle avait un moyen bien simple : renoncer à la communauté. Elle ne le fait pas, c'est donc qu'elle préfère abandonner son bien, dont elle touche d'ailleurs le prix, et valider par cela même la vente qu'en avait faite le mari. En quoi alors sommes-nous en contradiction avec l'article 1428? Remarquons que la femme ne sera pas le moins du monde lésée, puisqu'elle pourra toujours réclamer au mari, la restitution du prix, et même des dommages et intérêts, et que si le mari est insolvable elle aura alors la ressource de renoncer à la communauté. Enfin, même, si elle l'accepte, elle pourra encore revendiquer son immeuble en abandonnant à l'acquéreur tout l'émolument qu'elle retire de la communauté, puisqu'elle n'est tenue des dettes communes que dans la mesure de cet émolument (art. 1483).

On objecte encore que la vente, étant interdite au mari, ne peut produire aucun effet par rapport à la femme, précisément et par cela seul qu'elle lui est interdite. Nous répondrons à cela que le mari n'a certainement pas le droit de commettre des crimes ou des délits, ce sont là des actes qui lui sont interdits au premier chef, et cependant

l'obligation de les réparer grève la communauté. De même il n'a pas le droit de vendre la chose d'autrui et cependant peut-on prétendre que l'obligation de garantie qu'il aurait ainsi contractée ne pèserait pas sur la femme commune !

Jusqu'à présent nous sommes complètement d'accord avec les partisans du troisième système, mais où nous différons, c'est sur les conséquences à tirer de ces arguments que nous venons de présenter, conséquences qui dépendent du parti que l'on prend dans la célèbre question de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'obligation de garantie. Nous ne pouvons entrer ici dans les détails de cette délicate question ; il nous suffira de dire, qu'avec la majorité des auteurs et des arrêts, nous croyons que l'obligation de garantie est indivisible.

Le vendeur en effet a contracté, par la vente même, l'obligation de ne pas évincer l'acheteur, de ne pas le troubler dans sa possession. Or, à notre avis, on évince ou on n'évince pas, on trouble ou on ne trouble pas. L'éviction, ne porterait-elle que sur une partie aussi minime qu'on l'a suppose, n'existerait pas moins. C'est cette obligation qui tombe en communauté et que la femme doit supporter. Permettre à celle-ci d'évincer pour la moitié, serait donc lui reconnaître le droit d'évincer, et c'est ce résultat que nous repoussons comme contraire à l'indivisibilité de l'obligation de garantie.

Notons enfin que toutes ces conséquences, un peu rigoureuses, il est vrai, pour la femme, ne se produisent que dans des hypothèses excessivement rares en pratique. Nous avons vu, en effet, quel concours de circonstances elles exigeaient, et quels moyens la femme avait à sa disposition pour s'y soustraire. Ajoutons qu'en fait le mari pourra difficilement présenter comme sien, un immeuble appartenant en réalité à sa femme ; le tiers-acquéreur aura toujours, pour l'éclairer, les titres de propriété qu'il ne manquera pas de consulter à cause des risques qu'il pourrait courir, soit dans le cas où la femme renoncerait à la communauté, soit dans celui où elle ferait l'abandon de son

émolument, ce qui lui permettrait d'exercer le droit de revendication.

Notre conclusion est donc que, dans l'espèce, et après la dissolution de la communauté, la femme ne pourra jamais revendiquer son immeuble propre que le mari aurait pu vendre (1).

2° *Pendant la durée du mariage.*

En est-il encore ainsi pendant l'existence de la communauté ?

Il est certain que la revendication sera possible si le mari a aliéné l'immeuble comme propre de la femme et sans mandat de sa part, ou encore si, en le vendant comme lui appartenant, il y a eu collusion, si le tiers savait que l'immeuble appartenait en réalité à la femme.

Mais en dehors de ces hypothèses que faut-il décider ? L'indécision vient de ce qu'on ne peut savoir, à ce moment, si, lors de la dissolution, la femme acceptera ou renoncera à la communauté puisque c'est seulement une fois que le mariage est dissous, qu'elle peut se prononcer.

D'après certains auteurs, il faudrait distinguer. Le mari donne-t-il son autorisation, la femme pourrait exercer son droit de revendication ; mais la question de savoir si, au refus du mari, la femme pourrait demander l'autorisation de justice serait plus délicate et ces auteurs se prononcent en général pour la négative (2).

Nous croyons qu'en aucun cas, la femme ne pourra revendiquer l'immeuble. Dans l'opinion adverse, il pourrait en effet se produire ce fait étrange, qu'on accorderait à la femme durant le mariage, un droit qu'on serait obligé de lui retirer au cas où, à la dissolution, elle accepterait la communauté ; elle pourrait ainsi évincer un possesseur envers lequel elle serait tenue plus tard à garantie. Elle n'a d'ailleurs aucune prescription à craindre

---

(1) M. P. Lombard, *à son cours.*

(2) Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 25, p. 348-349 ; Guillouard, II, n° 810, p. 296-297.

puisqu'elle se trouve dans les conditions énoncées par l'article 2256, al. 2. L'action que la femme intenterait, réfléchirait contre le mari, tant en raison du prix qu'il serait obligé de rembourser, que des dommages-intérêts dont il serait passible envers l'acquéreur (1).

Exceptions à la règle que le mari ne peut aliéner les immeubles propres de la femme.

Il est d'abord certains cas, où l'aliénation étant forcée, comme en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 3 mai 1841), de saisie immobilière qu'il ne pouvait pas conjurer, de licitation d'un bien indivis (art. 815), il est évident que le mari pourra aliéner.

Il faudrait aussi faire une exception pour les immeubles par destination de l'article 524, c'est-à-dire « les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds », lesquels doivent être considérés, au point de vue des pouvoirs d'administration du mari, non seulement comme des meubles corporels (arg. art. 1064), mais même comme des meubles se détériorant par l'usage.

Enfin si le mari ne peut jamais seul aliéner les immeubles propres de sa femme il est évident qu'il le pourra toujours avec le consentement de celle-ci (art. 1428). Au lieu d'être spécial à l'aliénation de tel ou tel immeuble, et donné par acte séparé, ce consentement peut être général et accordé par le contrat de mariage lui-même. En pratique une clause très fréquente est celle par laquelle la femme autorise le mari à aliéner ses immeubles propres, à charge de remploi (art. 1434-1435).

---

(1) Bastia, 6 mai 1856, Dall., 56, 2, 303 ; Chambéry, 6 mai 1885, Dall., 86, 2, 33.— Troplong, II, nº 988 ; Marcadé, s. art. 1428 ; Colmet de Santerre, nº 71 bis, XX et XXI ; Laurent, XXII, nº 158.

CHAPITRE IV

DES MODIFICATIONS QUI PEUVENT ÊTRE APPORTÉES AUX POUVOIRS D'ADMINISTRATION DU MARI

Les causes qui modifient les pouvoirs d'administration du mari peuvent résulter, soit de conventions, soit de la situation particulière dans laquelle peut se trouver l'un ou l'autre des époux; d'où la division naturelle de notre chapitre en deux sections.

Section I. — Modifications résultant du contrat de mariage.

« La loi ne régit, dit l'article 1387, l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et en outre sous les modifications qui suivent. » Les époux peuvent donc insérer dans leur contrat de mariage, relativement à leurs biens, telle stipulation que bon leur semble. Notamment donc la femme peut restreindre dans la mesure qu'elle juge convenable les pouvoirs d'administration que la loi accorde au mari sur ses biens personnels, sous le régime de communauté. Les stipulations de ce genre qu'on rencontre le plus fréquemment dans la pratique sont : 1° la clause par laquelle la femme se réserve la jouissance et l'administration d'une partie de ses biens propres; 2° la clause d'emploi ; 3° la clause de remploi.

§ I. — La femme se réserve la jouissance et l'administration d'une certaine partie de ses biens.

Cette clause est autorisée par l'article 1387. Elle n'est en effet contraire, ni aux bonnes mœurs, ni aux dispositions de l'article 1388, car si le droit pour le mari d'administrer les biens personnels de la femme est de la nature du régime de communauté, il n'est pas de son essence. Il est vrai que pour ce régime, on ne trouve pas de texte qui reconnaisse spécialement une telle faculté à la femme comme le font, à propos de certaines portions des revenus, les articles 1534 pour le régime sans communauté et 1549 pour le régime dotal, mais ce droit n'en est pas moins accordé à la femme par l'article 1387 et reconnu du reste par la majorité des auteurs (1).

Pothier (*Communauté*, n° 466) le justifiait fort bien dans les termes suivants :

« La femme pouvant valablement convenir qu'elle jouisse séparément de tous ses biens, il s'en suit qu'elle peut pareillement convenir valablement qu'elle jouira séparément d'un certain héritage, des revenus duquel elle pourra disposer à son gré pendant tout le temps que le mariage durera, et établir au surplus une communauté de biens avec son futur époux. C'est une conséquence de ce principe, que qui peut le plus, peut le moins. »

Pour les biens dont la femme se sera ainsi réservé la jouissance et l'administration, il faudra appliquer les règles de la séparation de biens contractuelle que nous aurons à étudier.

Remarquons que les résultats seraient absolument les mêmes, si un tiers faisant une libéralité à la femme avait mis comme condition de sa donation que les biens par lui donnés, seraient administrés par la femme elle-même et qu'elle en toucherait les revenus.

---

(1) Rodière et Pont, I, n° 68 ; Troplong, I, n° 66 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et notes 3 et 4, p. 267 ; Guillouard, I, n° 119, p. 120.

§ II. — Emploi.

Le mari, avons-nous dit, peut toucher les créances propres de la femme. Il pourra avec les sommes ainsi reçues par lui, acheter pour le compte de la femme, et en se conformant aux dispositions des articles 1434 et 1435, soit des immeubles, soit des rentes sur l'Etat, soit enfin des meubles ne se consommant pas par le premier usage. Cette opération a reçu de la pratique le nom d'*emploi*. Mais si le mari peut ainsi faire emploi et acquérir un propre à la femme, rien ne l'y force, et, en fait, il arrivera le plus souvent qu'il ne le fera pas, car il n'y trouve à son point de vue personnel aucun avantage. En effet, dès qu'il a touché une créance, il peut, en vertu de son droit de quasi-usufruit, en disposer à son gré, la somme qu'il reçoit en paiement devient sa propriété, il peut la dissiper ; la femme n'aura plus alors contre lui qu'une créance plus ou moins efficace et pouvant même devenir illusoire, si, lors de la restitution, le mari est insolvable. Aussi, pour éviter cet inconvénient qui pourrait lui causer le plus grand tort, rencontre-t-on très fréquemment, dans le contrat de mariage, une clause par laquelle la femme stipule que le mari ne pourra valablement recevoir ses capitaux qu'à la condition de les employer à l'achat d'immeubles ; c'est la clause d'emploi.

Cette obligation peut également être imposée au mari par un tiers qui fait une libéralité quelconque à la femme.

Bien que la loi ne s'occupe nulle part spécialement de la clause d'emploi, celle-ci n'en a pas moins été consacrée par une pratique constante et déjà ancienne.

L'article 93 de la coutume de Paris l'admettait pour toute somme de deniers donnée par père, mère ou autres ascendants, et Pothier (*Traité de la Communauté*, n° 316) nous dit que la coutume de Paris ne fait par là que donner un exemple, et que « il en est de même du cas auquel

la somme aurait été donnée à la femme par quelqu'un de ses collatéraux ou par un étranger, pour être employée en achat d'héritages ». Sous l'empire du Code, la possibilité de l'emploi a été contestée par quelques auteurs; mais si la loi ne le prévoit pas textuellement, elle l'admet au moins implicitement dans les articles 1500 et 1503 et surtout dans l'article 1595, qui prouve bien que l'on peut transformer en immeubles propres, des deniers tombés en communauté sauf récompense (1).

Les formalités à remplir par le mari seront celles des articles 1434 et 1435, sur lesquelles nous aurons à revenir. Ce dernier point a cependant été contesté par M. Laurent. Pour lui, « dans le silence de la loi, ce sont les parties qui doivent veiller elles-mêmes à leurs intérêts en stipulant les conditions de l'emploi ».

La clause d'emploi est-elle opposable aux tiers ? — Pour répondre à cette question une distinction est nécessaire.

Le contrat de mariage s'explique à ce sujet : la femme s'est expressément réservé le droit de recourir contre les tiers débiteurs s'il n'est pas fait bon et valable emploi par le mari. Les tiers devront alors se conformer aux prescriptions contenues dans le contrat de mariage ; ils ne seront libérés vis-à-vis de la femme que s'il a été fait emploi. Non-seulement ils pourront donc, mais encore ils devront, s'ils ne veulent pas s'exposer à payer deux fois, se refuser à verser le montant de leur dette entre les mains du mari, tant que celui-ci ne leur justifiera pas d'un emploi. Le moyen le plus sûr pour eux sera de payer directement celui à qui le mari aura acheté l'immeuble.

---

(1) Rodière et Pont, II, n° 1294 ; Troplong, III, nos 1948-1950 ; Marcadé, s. art. 1500, II ; Aubry et Rau, V, § 523, texte et notes 9 et 11, p. 465 ; Guillouard, III, nos 1545 et 1546, p. 424-425; Laurent, XXIII, nos 221 et 222.

Cette règle consacrée par une jurisprudence constante, notamment par un arrêt de la Cour de Cassation rendu, toutes chambres réunies, le 8 juin 1858 (Dall., 58, 1, 233) et admise par l'unanimité des auteurs a cependant été contestée par M. Troplong (II n° 1085) dont l'avis, resté d'ailleurs isolé, est que même en présence d'une stipulation formelle du contrat de mariage, la clause d'emploi n'est pas opposable aux tiers, parce que la femme n'est pas maîtresse de se créer des actions contre les tiers.

La question est plus délicate si le contrat de mariage, tout en contenant une clause d'emploi, ne s'explique pas sur les effets que cette clause devra produire a l'égard des tiers débiteurs. Malgré l'opinion contraire de quelques auteurs et de quelques arrêts, nous croyons que les tiers pourront très bien se libérer entre les mains du mari sans avoir à s'occuper si celui-ci fait ou non emploi. Par hypothèse, le contrat de mariage ne les oblige pas à surveiller l'emploi, il ne parle pas de cette obligation ; les tiers ont donc pu très raisonnablement penser que, par la clause d'emploi, la femme a entendu seulement se réserver une garantie de plus contre son mari, en impliquant à des biens qui seraient tombés dans la communauté sauf récompense, le caractère de propres. Par contre, le mari pourra les forcer à payer entre ses mains, sans que ceux-ci puissent, comme dans l'hypothèse précédente, lui opposer le défaut d'emploi. C'est ce qui a été jugé notamment par un arrêt de la Cour de Cassation du 13 février 1850 (Dall., 50, 1, 204).

§ III. — Remploi.

Le remploi est l'opération par laquelle un immeuble, acquis au moyen de deniers provenant de l'aliénation d'un propre, est subrogé à l'immeuble aliéné, de manière à prendre en ses lieu et place la qualité de propre. Cette institution nous vient de l'ancien droit ; on la trouve dans la coutume de Paris (art. 232) et celle d'Orléans (art. 192).

Le mot *remploi* avait alors un sens plus large ; c'était le droit pour l'époux de réclamer à la communauté la valeur de l'immeuble propre aliéné. L'époux pouvait stipuler le remploi avec subrogation, c'est-à-dire le remploi tel que nous l'entendons aujourd'hui.

Des conditions du remploi. — Les conditions du remploi sont indiquées par les articles 1434 et 1435. Il faut d'abord, comme première condition de fond, qu'il y ait un immeuble propre aliéné, puis secondement, acquisition, à la place de cet immeuble, d'un autre immeuble destiné à rester propre. Ce bien propre primitif dont le remploi suppose toujours l'aliénation, soit avant, soit après l'acquisition du second, (car, comme nous le verrons, le remploi peut être fait par anticipation), ce bien propre, disons-nous, peut d'ailleurs être un meuble ne se consommant pas par le premier usage, comme une créance, une obligation de chemin de fer. La loi suppose, il est vrai, que la valeur remployée provient au contraire d'un immeuble ; mais il n'y a aucune raison pour considérer le texte comme limitatif à ce point de vue.

Quant aux conditions de forme, elles sont formulées spécialement par la loi. C'est d'abord l'article 1434 ainsi conçu : « Le remploi est censé fait à l'égard du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi ». Le mari doit donc faire une double déclaration ; il doit déclarer : 1° que le bien est acquis avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre ; 2° que l'immeuble est acquis pour lui servir de remploi. Cette double déclaration n'est pas très utile, et l'un de ses termes, si l'on admet avec nous la validité du remploi *in futurum*, devient même impossible dans ce cas.

Des auteurs modernes, renouvelant la théorie de Pothier sur ce point (*Traité de la Communauté*, n° 198), enseignent qu'il suffit, pour que le remploi soit valable, de la simple déclaration du mari que l'immeuble est acquis des

deniers provenus de l'aliénation d'un propre ; point n'est besoin de déclarer que le second immeuble est acquis pour tenir lieu de remploi.

Ce système, déjà combattu par nos anciens auteurs, par Renusson et Lebrun entre autres, est aujourd'hui repoussé par tous les auteurs et condamné avec raison par la jurisprudence (1). Nos articles sont en effet des plus formels ; ils ne disent pas, comme Pothier, que le mari doit faire la première déclaration *ou* la seconde, mais qu'il doit faire l'une *et* l'autre.

La déclaration que l'acquisition est faite pour tenir lieu de remploi est donc toujours exigée. La déclaration de provenance des derniers n'est pas à elle seule suffisante ; mais est-elle même toujours nécessaire ? Nous ne le croyons pas. Un premier point nous paraît certain, c'est que le mari ne peut être obligé à employer à l'acquisition de l'immeuble destiné à remplacer le premier, identiquement les mêmes pièces de monnaie qu'il a reçues en paiement de la vente du propre primitif. Avec MM. Aubry et Rau (V, § 507, texte et note 70), et Guillouard (II, n° 482), nous pensons que le remploi est valable même s'il n'y a pas indication d'origine des deniers, pourvu qu'il soit certain que l'acquisition est faite pour tenir lieu de remploi.

« On fera bien, dit M. Guillouard, d'insérer l'origine de deniers dans l'acte d'acquisition en remploi, car l'acte de remploi portera en lui-même la preuve de sa validité ; mais si cette mention ne s'y trouve pas, le remploi n'en sera pas moins valable, à la charge, par l'époux acquéreur, de prouver l'existence de deniers propres, égaux au prix d'acquisition. »

L'indication de la provenance des deniers est d'ailleurs matériellement impossible en cas de remploi *in futurum*. Ici se pose la question de savoir si un tel remploi est valable, question qui, au surplus, n'en est plus une aujourd'hui. Bien que le mari ne puisse alors pas faire la décla-

(1) Cass., 20 août 1872, Dall., 72, 1, 406.

ration dans les termes mêmes qu'exige l'article 1434, le remploi par anticipation est tellement utile, tellement avantageux, qu'il est admis par la presque unanimité des auteurs et une jurisprudence constante (1).

A quel moment doit être faite cette double déclaration du mari ? Quelques auteurs reprenant l'opinion de Dumoulin, enseignent qu'elle peut avoir lieu *ex intervallo*, c'est-à-dire que le mari peut la faire postérieurement à l'acte d'acquisition du second immeuble, et même par testament. On invoque d'abord le silence de l'article 1435 à cet égard. D'un autre côté, dit-on, l'article 1595, qui permet au mari de céder à la femme un immeuble en paiement de ses droits, constitue un véritable remploi au sujet duquel la double déclaration ne peut évidemment et par la force même des choses, être faite dans l'acte d'acquisition (2).

Nous ne saurions nous ranger à cet avis. Pour nous la double déclaration doit être faite *in continenti*, dans l'acte d'acquisition lui-même, comme l'enseignait déjà Pothier (Traité de la Communauté, nos 198-199). Le passage de Dumoulin invoqué dans le système opposé, ne peut avoir une grande valeur dans la question, car il n'est rien moins que certain qu'il ait eu en vue la validité du remploi ; il a bien plutôt trait à la validité de la reconnaissance faite ainsi par le mari, du droit de la femme à une récompense.

On invoque aussi le silence de l'article 1435. Nous répondrons que cet article n'avait pas à indiquer à quel moment la déclaration devait avoir lieu ; ce point était déjà réglé par l'article 1434 dont les mots « lors de l'acquisition » ne peuvent laisser place à aucun doute. L'article 1435 avait un autre but : exiger, pour le cas où le remploi est fait en

---

(1) Cass., 5 décembre 1854, Dall., 55, 1, 74 ; Paris, 20 novembre 1858, Dall., 59, 2, 78 ; Cass., 14 mai 1879, Dall., 79, 1, 420. — Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 64, p. 302 ; Colmet de Santerre, VI, no 79 bis VII et VIII ; Laurent, XXI, no 361 ; Guillouard, II, no 473, p. 16.

(2) Rodière et Pont, I, 663 ; Marcadé, s. art. 1435, III.

faveur de la femme, une autre formalité une troisième condition.

L'article 1595 nous semble entièrement en dehors de la question. L'opération qu'il vise n'est pas, à proprement parler, un remploi; c'est une véritable dation en paiement, il n'y a donc aucun argument à en tirer.

Enfin si la double déclaration pouvait être faite *ex intervallo*, le mari pourrait spéculer aux risques de la communauté sans en courir lui-même aucun.

Quand le remploi est fait en faveur de la femme, seul cas dont nous avons à nous occuper ici, il faut, outre la double déclaration dont nous venons de parler, l'acceptation de la femme. Il ne faut pas que le mari puisse imposer à celle-ci une acquisition mauvaise ; de là la disposition de l'article 1435. Pour plus de garantie, la loi exige de la femme une acceptation formelle ; « la déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi ne suffit point, si ce remploi n'a été *formellement accepté* par la femme ». Il s'en suit que la seule présence de la femme au contrat ne pourrait pas toujours être considérée comme une acceptation de sa part. Il en serait autrement si la femme passait elle-même l'acte d'acquisition avec l'autorisation du mari. Le remploi n'étant pas un acte solennel nous croyons, bien que ce point soit controversé, que l'acceptation de la femme n'a pas besoin d'être écrite en toutes lettres, elle peut résulter des circonstances, à condition que sa volonté d'accepter en résulte clairement et sans aucun doute possible (1).

L'article 1435 n'exige pas que l'acceptation de la femme intervienne *in continenti*; elle peut donc avoir lieu *ex intervallo*. Mais la loi pose une limite : l'acceptation ne sera

(1) Pothier, Traité de la communauté, n° 200 ; Troplong, II, n° 1129 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 72, p. 305. — *Contrà* : Rodière et Pont, I, n° 669 ; Marcadé, s. art. 1435 ; Laurent, XXI, n° 374 ; Guillouard, II, n° 496, p. 40. — Cass., 26 juillet 1869, Dall., 69, 1, 455.

plus possible après la dissolution de la communauté, c'est ce qui résulte indubitablement de la deuxième phrase de notre texte : « Si (la femme) ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu ». L'article 1470 al. 2 est aussi en ce sens. La femme peut donc accepter le remploi jusqu'à la dissolution de la communauté, mais à partir de ce moment, ni elle ni ses héritiers ne le pourraient plus.

Il pourrait arriver qu'usant de cette faculté que lui accorde la loi, la femme refuse de se prononcer sur le remploi pendant la durée de la communauté, et laisse ainsi le mari dans l'incertitude pendant un temps peut-être fort long. Il peut y avoir là pour le mari, un sérieux inconvénient, aussi quelques auteurs lui ont-ils reconnu le droit de faire sommation à la femme d'avoir à se prononcer dans un certain délai. « Il ne faut pas, que la femme ait le droit de venir tardivement prendre l'immeuble destiné au remploi, et qu'après avoir laissé à la charge du mari tous les risques et toutes les avances, elle se présente *ad paratas epulas*, quand l'opération a porté tous ses fruits ».

Malgré ces raisons, nous croyons qu'il est impossible de reconnaître au mari ce droit dont la loi ne parle nulle part (1).

Réciproquement, la femme a-t-elle pendant le mariage une action pour contraindre son mari à exécuter le remploi ? Cette question suppose nécessairement que le remploi est rendu obligatoire par une clause du contrat de mariage, sans quoi il serait purement facultatif ; la femme ne pourrait donc forcer le mari à faire une chose que, par définition, le dernier est libre de faire ou de ne pas faire.

Mais, même quand le contrat de mariage porte que le mari devra faire le remploi, une distinction est encore nécessaire. S'il est convenu que le remploi devra être effectué par le mari dans un délai déterminé, on admet géné-

(1) Colmet de Santerre, VI, nº 79 bis, XVII.

ralement que, passé ce délai, la femme pourra forcer le mari à exécuter le remploi.

Si, tout en imposant au mari l'obligation d'acquérir, en remplacement d'un propre aliéné, un autre immeuble, le contrat de mariage ne lui détermine pas un certain délai, nous croyons que le mari aura, pour remplir son obligation, jusqu'au jour de la dissolution de la communauté. Cette solution n'est cependant pas reconnue par tous les auteurs, et M. Laurent (XXI, n° 386) enseigne que : « Si une occasion se présente au cours du mariage, pour faire un emploi avantageux, c'est là le terme tacitement convenu par les parties, et la femme pourra agir en justice contre son mari pour le contraindre à effectuer le remploi ».

Effets du remploi. — Une fois ces conditions remplies, une fois le remploi effectué, la subrogation du propre a lieu comme au cas d'échange ; le second immeuble ainsi acquis en remplacement du propre aliéné, prend la place du premier, il devient propre comme lui. Si l'immeuble acquis en remplacement est de moindre valeur que l'immeuble aliéné, la communauté doit récompense de la différence ; dans le cas contraire, la récompense est due à la communauté.

Les effets du remploi fait par le mari pour le compte de la femme sont simples si celle-ci accepte *in continenti ;* elle devient immédiatement propriétaire de l'immeuble acquis.

Mais si elle accepte *ex intervallo*, l'acceptation rétroagit-elle au jour de l'acquisition faite par le mari, ou bien la femme ne devient-elle propriétaire que du jour où elle accepte le remploi ? L'intérêt très grand de la question est facile à saisir. Si, dans l'intervalle qui sépare l'acquisition de l'acceptation, le mari a constitué des droits réels sur l'immeuble, dans la première hypothèse, ces droits seron anéantis, dans la seconde, ils seront maintenus,

Nos anciens auteurs admettaient que le mari acquérait l'immeuble en qualité de gérant d'affaires de la femme.

« Si la femme, disait Pothier (Comm. n° 200), ratifie et consent cette déclaration, les ratifications ayant un effet rétroactif, la règle du droit: *Ratihabitio mandato comparatur* (L. 152, n° 2, D. 50, 17), l'héritage sera censé avoir été, dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu du remploi de sa femme, et avoir toujours été en conséquence propre de communauté de la femme par subrogation. » Avec ce système on n'a à payer au fisc qu'un seul droit de mutation ; la femme n'a pas à transcrire sur la communauté ; la transcription prise sur le vendeur suffit. Il y a donc rétroactivité ; la femme est réputée propriétaire dès le jour de l'acquisition. Le mari ne peut plus révoquer la proposition de remploi qu'il a faite dans le contrat de vente, soit directement en aliénant l'immeuble, soit indirectement en le grevant de droits réels. Donc aussi les hypothèques, soit légales ou judiciaires, soit conventionnelles, qui auraient pu frapper l'immeuble depuis l'acquisition qu'en a faite le mari, ne seront pas opposables à la femme, dont ce système sauvegarde entièrement les droits.

Néanmoins les auteurs modernes ont proposé deux autres solutions.

D'après les uns le remploi serait une offre de dation en paiement et non une gestion d'affaires. L'acceptation de la femme ne serait que l'acceptation de cette offre, il n'y aurait pas alors d'effet rétroactif. Ce système se fonde sur les dangers de la rétroactivité ; la communauté, dit-on, souffre de l'incertitude qui règne sur le sort de l'immeuble ; elle ne trouvera dans ces conditions, ni à l'aliéner, ni à l'hypothéquer. — Mais ce système détruit presque entièrement l'utilité du remploi qu'il confond absolument avec la *datio in solutum* autorisée par l'article 1495 lequel n'exige, pour cette dernière, aucune des conditions du remploi.

Un deuxième système présenté par MM. Aubry et Rau (V, § 507 texte et note 73, p. 305) décide que le remploi n'est « en réalité qu'une offre adressée par le mari à la

femme, de la substituer au bénéfice de l'acquisition ». L'acceptation de la femme rétroagira à l'égard et au préjudice des tiers qui ont traité avec le mari, mais la rétroactivité ne peut produire d'effets relativement aux droits réels que le mari n'aura pas volontairement consentis. En d'autres termes si la femme n'a pas à craindre de se voir opposer les hypothèques consenties par le mari, elle doit respecter les hypothèques légales ou judiciaires dont l'immeuble pourrait être frappé du chef du mari. Il n'y a qu'une seule mutation de propriété. Ce système intermédiaire est sans doute préférable au précédent car il laisse subsister une différence entre le remploi et la dation en paiement. Mais il garantit assez mal les droits de la femme, il n'a aucun appui dans les précédents, enfin il ne répond pas à l'intention des parties et c'est en somme le système de Pothier, repris de nos jours par M. Colmet de Santerre (VI nº 79 bis XIII, XVI) et d'après lequel le remploi est regardé comme une gestion d'affaires, qui nous semble devoir être admis, comme étant le seul conforme à l'intention des parties.

Dans presque toutes les propositions que nous venons d'examiner, nous ne nous sommes occupé que du remploi facultatif. Mais la femme, en autorisant son mari à aliéner ses biens propres, peut stipuler que le mari sera tenu d'acquérir d'autres immeubles en remplacement et pour lui servir de remploi; le remploi est alors obligatoire. Cette clause de remploi est excessivement fréquente en pratique; elle produit exactement les mêmes effets que le remploi facultatif. La femme conserve le droit d'accepter le remploi ; le mari est tenu de remployer, sinon il serait responsable.Nous avons vu que, sauf le cas particulier où un délai est fixé au mari, la femme ne peut pas, à notre avis du moins, forcer le mari à faire le remploi.

Le remploi doit être effectué, comme nous le verrons en étudiant le régime dotal, en biens de même nature que le propre aliéné ; il peut toujours l'être en immeubles et en rentes sur l'Etat à moins de clause contraire dans le

contrat de mariage. Enfin la faculté d'employer le prix de vente en achat de rentes ne donne pas pour celà à celles-ci un caractère immobilier.

A l'égard des tiers, ce remploi produit ses effets ordinaires ; dans le silence du contrat de mariage il n'est pas par lui-même opposable aux tiers, car il y aurait inaliénabilité non stipulée expressément. Ceux-ci se libéreront donc valablement en versant entre les mains du mari le prix d'acquisition du propre aliéné, et ne seront pas recevables à exiger au préalable la justification d'un remploi. Toutefois il en serait autrement s'il était expressément stipulé dans le contrat de mariage que la validité du paiement fait par le tiers acquéreur, serait subordonnée à l'exécution du remploi par le mari. Cette clause est parfaitement licite, la Cour de Cassation en a démontré la validité de la manière la plus juridique dans un arrêt du 19 juillet 1865 (Dall., 65, 1, 431).

Section II. — Modifications résultant de quelques clauses particulières.

La situation juridique dans laquelle peut se trouver l'un ou l'autre des époux, exerce aussi une certaine influence sur les pouvoirs d'administration du mari. Nous étudierons à ce point de vue : 1° *l'absence;* 2° *l'interdiction*; 3° *l'état de l'époux placé dans un établissement d'aliénés* ; 4° *l'état de contumace.*

§ I. — Absence.

L'absence, au sens vulgaire du mot, est l'état de celui qui n'est pas présent dans un endroit donné et, en particulier, à son domicile ou à sa résidence. Pour désigner l'absence ainsi entendue, on emploie souvent, afin d'éviter

toute confusion, le terme de non présence. Au sens juridique du mot, et tel que l'entend le Code, l'absence est l'état de toute personne qui a disparu et dont l'existence est incertaine, de tout individu qui a cessé de donner de ses nouvelles. C'est de l'absence ainsi définie que nous avons à nous occuper.

L'absence a été quelquefois rangée parmi les causes de dissolution de la communauté, mais c'est à tort. A aucune époque de l'absence on ne considère l'absent, soit comme vivant, soit comme mort; il y a seulement des degrés dans l'incertitude, et avec le temps la probabilité augmente. Il n'y aura jamais dissolution définitive de la communauté; la preuve c'est que, si l'absent reparaît, la communauté se trouve rétablie de plein droit, et cela, même après un envoi en possession définitif.

I. — *Période de présomption d'absence.*

Il faut encore distinguer selon que cette présomption s'applique au mari ou à la femme.

a) *Le mari est présumé absent.* — Il ne peut plus matériellement administrer les biens propres de sa femme. Il faut cependant que ces biens soient administrés sous peine de causer à la femme le plus grand préjudice.

Si le mari a laissé un mandataire à cet effet, pas de difficulté ; c'est ce mandataire qui administrera aux lieu et place du mari, avec les mêmes pouvoirs et dans les mêmes limites. Il en sera de même si au lieu de laisser un mandataire spécial pour l'administration des biens personnels de la femme, le mari a laissé un mandataire général.

Mais en l'absence de tout procureur institué par le mari que faut-il décider? La femme ne peut évidemment pas reprendre l'administration de ses biens, car la communauté n'est pas dissoute, et aucun texte ne lui donne ce droit. Nous croyons qu'il faudra appliquer par analogie l'article 112 et admettre que la femme pourra demander aux tribunaux la nomination d'un administrateur.

Rien ne s'opposerait d'ailleurs à ce que le choix du tribunal tombât sur la femme elle-même et ce serait, dans la plupart des cas, ce qu'il y aurait de mieux ; car il n'est en principe de si bon administrateur d'un bien, que le propriétaire lui-même. Quelques auteurs ont même soutenu que, non seulement la femme pourrait être choisie pour administrer ses propres biens aux lieu et place du mari absent, mais encore qu'elle devrait l'être à moins de circonstances particulières, comme si elle se trouvait sous le coup d'être interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire (1).

Toutefois la femme, ainsi nommée par justice, n'administrera pas ses propres biens en sa qualité de propriétaire, elle n'agira que comme un mandataire ordinaire et ne pourra donc faire que les actes qui étaient permis au mari lui-même.

b) *La femme est présumée absente.* — Cette situation n'a aucune espèce d'influence sur les pouvoirs d'administration du mari, tant que dure la présomption d'absence. Le mari conserve l'administration des propres de la femme tout comme si celle-ci était présente. Tout au plus pourrait-on admettre que, par analogie de l'article 112, les tribunaux pourraient, sur la demande des héritiers présomptifs de la femme, ordonner des mesures conservatoires pour le cas où le mari administrerait mal. Si la femme s'était réservé par contrat de mariage l'administration de quelques-uns de ses biens, cette administration passerait alors au mari.

II. — *Période de déclaration d'absence.*

Ici encore il faut examiner les deux hypothèses que nous avons séparées pour la période de présomption, c'est-à-dire voir ce que deviennent les pouvoirs d'administration du mari lorsque la déclaration d'absence vise 1° la femme, 2° le mari.

---

(1) Cass., 9 juin 1829, Dall., Absence, n° 375.

1° *La femme est déclarée absente.* — Le mari a le droit, d'après l'article 124, ou d'opter pour la continuation de la communauté, ou d'en demander la dissolution provisoire. Cet article ne régit que le cas où les époux sont communs en biens.

Le même motif qui avait fait admettre ce droit d'option, à savoir l'intérêt de l'époux présent, existait cependant pour tous les cas, et on peut regretter de ne pas trouver une pareille disposition pour les autres régimes. Mais la loi est formelle, et, vu le caractère tout à fait exceptionnel et de faveur de cette disposition, il est impossible de l'étendre en dehors du cas spécialement prévu. Il faut donc s'en tenir au texte et l'appliquer dans ses justes limites. Ce n'est cependant pas une raison pour restreindre la portée de notre article plus que la loi elle-même ne l'a fait. Le texte dit : « l'époux commun en biens » ; il ne parle donc pas plus spécialement de la communauté légale telle qu'elle est établie par les articles 1401 et suiv., que de la communauté conventionnelle et même du régime dotal quand les époux ont accessoirement stipulé une société d'acquêts (1).

Supposons d'abord que le mari opte pour la continuation de la communauté. Aux termes de l'article 124, il empêchera ainsi l'envoi en possession provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent ; il pourra même faire cesser l'envoi en possession provisoire dans le cas où il aurait été accordé ; enfin, il prendra ou conservera par préférence l'administration des biens de l'absent. On a prétendu que, par ce mot *prendre*, la loi avait fait allusion au cas où le mari était déclaré absent et que, par *conserver*, elle visait celui où la déclaration d'absence concernait la femme. Cette observation contient une grande part de vérité, mais,

---

(1) Marcadé, s. art. 124 ; Demolombe, II, 276 ; Aubry et Rau, I, § 155, texte et notes 1 et 2, p. 615.

comme nous le verrons plus loin, ces deux mots étaient nécessaires, même dans le cas d'absence déclarée de la femme, car pour les biens de celle-ci, dont la communauté n'avait pas la jouissance, dont elle s'était réservé l'administration par une clause du contrat de mariage, il ne pouvait plus être question, de la part du mari, d'en *conserver* l'administration, puisqu'il ne l'avait pas auparavant. Dans cette hypothèse, on devait donc dire, comme la loi l'a fait, qu'il *prendrait* l'administration de ces biens.

Si donc le mari opte pour la continuation de la communauté, il garde son droit d'administration sur les biens personnels de la femme, droit qui sera exactement le même que si la femme était présente. Mais, outre ces biens dont le mari a l'administration en vertu de l'article 1428, la femme peut en avoir d'autres. C'est ainsi qu'elle a pu, par le contrat de mariage, enlever au mari l'administration d'une certaine portion de ses biens. C'est ainsi encore qu'un tiers, en faisant une libéralité à la femme, a pu stipuler que l'administration des biens faisant l'objet de sa libéralité, appartiendrait à la femme et non au mari. Ici, et pour ces biens, on ne peut donc plus dire que le mari en conserve l'administration, mais bien qu'il la prend (1). Dans ce cas, ses droits ne seront plus ceux qui lui étaient accordés en sa qualité de mari par les articles 1428 et suiv., mais ceux d'un envoyé en possession provisoire ordinaire. Cette possession provisoire lui donnera, il est vrai, l'administration de cette partie des biens, mais il deviendra comptable, comme tout envoyé en possession provisoire, au cas où la femme viendrait à reparaître ou à donner de ses nouvelles (art. 125). Aussi, aux termes de l'article 126, devra-t-il faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de la femme, en présence du Procureur de la République près du tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par ledit procureur de la

(1) Marcadé, s. art. 124 ; Aubry et Rau, I, § 155, texte et note 5, p. 616.

République. L'inventaire devra en outre comprendre les biens de la communauté puisque la femme en est en somme copropriétaire. On aurait pu, et peut-être dû, décider que l'époux qui opte pour la continuation de la communauté, devrait donner caution, au moins pour les biens sujets à restitution dont il prend ou conserve l'administration ; mais cette solution doit être écartée en présence du texte qui n'impose cette obligation qu'à l'époux demandant la dissolution provisoire.

D'après la deuxième phrase de l'article 124, le mari peut, en effet, au lieu d'opter pour la continuation de la communauté, se prononcer pour la dissolution provisoire. La communauté se liquide alors d'après les règles ordinaires, le mari cesse d'administrer les biens personnels de la femme ; il devra fournir caution pour les choses susceptibles d'être restituées, mais il ne sera pas tenu de faire inventaire, bien qu'on l'ait soutenu, en se fondant sur ce principe qu'il y a là une obligation imposée à tout administrateur. L'article 126 n'impose la formalité de l'inventaire qu'en cas de continuation de la communauté, par suite il en dispense en cas de dissolution provisoire.

2° *Le mari est déclaré absent.* — La femme jouit alors exactement du même droit que celui que nous avons reconnu au mari. L'article 124 ne distingue pas, il dit en effet: « l'époux commun... » ; la femme peut donc aussi, à son choix, opter pour la dissolution provisoire de la communauté ou pour sa continuation.

Examinons d'abord cette dernière hypothèse. La femme met ainsi obstacle à l'envoi en possession provisoire, elle *prend* l'administration de tous les biens naguère administrés par le mari, c'est-à-dire, non seulement de tous les biens personnels du mari et de ceux de la communauté, mais encore des siens propres. Mais les pouvoirs d'administration qu'avait le mari, ne passent pas à la femme dans toute leur plénitude ; celle-ci reste toujours tenue d'obtenir l'autorisation de justice pour aliéner ou hypothéquer les immeubles, et même, dans l'opinion que nous avons adoptée, pour aliéner le mobilier. On ne devrait

cependant pas exiger une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration qu'elle veut accomplir ; on rendrait de la sorte sa gestion impossible. Par cela même qu'elle a reçu des tribunaux l'autorisation d'administrer, elle doit pouvoir faire d'une manière générale tous les actes nécessités par cette administration. Une autorisation spéciale ne lui deviendrait nécessaire que dans le cas où elle voudrait ester en justice. Elle devra également faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres du mari en présence du Procureur de la République et ne sera pas tenue de fournir caution.

Si, au contraire, elle opte pour la dissolution provisoire de la communauté, elle exercera ses reprises, tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution s'il y a lieu, et reprendra, mais alors en sa qualité de propriétaire, l'administration de ses biens. Elle doit fournir caution pour tout ce qu'elle prend et même pour ses biens personnels, à l'exception de ceux dont le mari n'avait ni l'administration, ni la jouissance, car, sauf ces derniers biens, elle devra tout restituer si le mari reparaît. Dans la même hypothèse, le mari d'une femme déclarée absente ne serait pas tenu de fournir caution pour ses propres biens puisqu'il n'est obligé de les restituer en aucun cas. Enfin, pas plus que le mari, elle n'est tenue de faire inventaire (art. 126).

Remarquons que, pour exercer dans un sens ou dans l'autre son droit d'option, la femme aura toujours besoin de l'autorisation de justice.

Notons aussi la dernière disposition de l'article 124, d'après laquelle la femme, en optant pour la continuation de la communauté, n'en conserve pas moins le droit d'y renoncer ensuite. Et ce dernier alinéa n'était pas inutile. On aurait pu, en effet, penser qu'en optant pour la continuation de la communauté, la femme perdait le droit d'y renoncer plus tard, surtout si l'on considère que le droit de renoncer ne lui a été, en général, accordé que pour éviter les conséquences fâcheuses d'une mauvaise gestion

du mari, et que ce motif n'existe plus ici puisque c'est la femme elle-même qui administre.

La continuation provisoire de la communauté, et l'administration légale qui en résulte, prennent fin par la preuve acquise de l'existence de l'absent, celle de son décès, l'envoi en possession définitif, la mort du conjoint présent, enfin par la volonté de l'époux présent qui, après avoir opté pour la continuation de la communauté, peut ensuite y renoncer.

Dans le cas où la communauté continuée prend fin par la preuve acquise du décès de l'absent, elle se liquide d'après l'état où elle se trouvait au jour du décès. Lorsqu'elle cesse par toute autre cause elle se liquide comme si elle avait été dissoute lors de la disparition ou des dernières nouvelles.

§ II. — Interdiction.

Comme l'absence, l'interdiction exerce une grande influence sur les pouvoirs d'administration reconnus au mari sur les biens personnels de la femme. L'interdit est en effet l'individu qu'une décision de justice a déclaré incapable d'exercer ses droits civils, pour cause d'aliénation mentale, et que cette décision place sous une tutelle, semblable dans ses grandes lignes, à celle du mineur. On comprend donc, sans qu'il soit besoin d'insister sur ce point, que tout mari interdit, ayant besoin de l'assistance d'un tuteur pour administrer ses propres biens, ne pourra pas à plus forte raison administrer ceux de sa femme d'après les règles établies par les articles 1428 et suiv.

Ce n'est pas seulement l'interdiction du mari, c'est encore celle de la femme elle-même qui viendra apporter des modifications assez importantes à ces droits d'administration.

Il nous faudra donc examiner séparément les effets que peuvent produire, au point de vue qui nous occupe, l'in-

terdiction du mari d'une part et celle de la femme de l'autre, sans avoir d'ailleurs à distinguer si cette interdiction a été prononcée avant ou pendant le mariage.

I.— *Interdiction du mari.*— A tout mari interdit il doit être nommé un tuteur, lequel peut d'ailleurs être, soit un étranger, soit la femme elle-même (art. 509). On ne trouve pas ici de disposition analogue à celle édictée par l'art. 506 pour le mari qui « est de droit le tuteur de sa femme interdite ». La femme ne pourra donc pas exiger la tutelle de son mari interdit, comme aurait peut-être dû le faire décider la parité des situations, car si le motif de l'article 506 est l'affection présumée du mari pour sa femme, l'affection de la femme pour son mari n'est pas moins présumable. Mais la loi a pu penser qu'il fallait tenir compte de l'inexpérience habituelle des femmes en matière d'affaires. Toujours est-il que s'il n'y a pas là pour la femme du mari interdit, un droit, il y a tout au moins une faculté que constate l'article 507 en décidant, par dérogation à la règle générale de l'article 442, que : « la femme pourra être nommée tutrice de son mari ». Le conseil de famille a, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire; il n'est pas obligé, s'il nomme tuteur une personne autre que la femme, d'articuler contre celle-ci des clauses d'exclusion (1).

La Cour de Paris, par un arrêt du 7 janvier 1815, avait décidé que le conseil de famille ne pouvait exclure la femme de la tutelle, que pour causes graves articulées dans la délibération et tirées de l'intérêt de l'interdit et des enfants issus du mariage. Mais cet arrêt a été cassé le 27 novembre 1816, et la Cour d'Orléans, dans son arrêt précité, a adopté l'opinion de la Cour suprême.

Voyons d'abord le cas où la femme a été nommée tutrice de son mari interdit. En vertu des droits que lui confère la tutelle, elle prendra l'administration qu'exerçait, ou aurait exercée le mari, c'est-à-dire qu'elle admi-

(1) Aubry et Rau, I, § 126, texte et note 11, p. 520 et Cass., 27 novembre 1816, Orléans, 9 août 1817, cités dans la note.

nistrera les biens personnels du mari, les biens communs, et ses biens propres. Quant à ceux de ses biens, dont elle s'était réservé l'administration par une clause du contrat de mariage, leur situation ne change pas ; elle continue à les administrer en vertu de cette clause en sa qualité de propriétaire et non plus comme tutrice du mari. En ce qui concerne l'exercice des droits qui lui sont ainsi dévolus, la femme bien que tutrice, n'est pas relevée de l'incapacité générale qui la frappe, seulement, au lieu de l'autorisation maritale, que le mari ne peut pas valablement lui donner, elle devra obtenir l'autorisation de justice.

L'article 507 décide en outre dans sa deuxième phrase que le conseil de famille règlera la forme et les conditions de l'administration de la femme, avec cette restriction que celle-ci pourra recourir devant les tribunaux, si elle se croit lésée par l'arrêté de la famille ; si, par exemple, la décision du conseil de famille porte atteinte aux droits qui résultent pour elle de ses couventions matrimoniales.

Si le tuteur du mari n'est pas la femme, mais un tiers quelconque, ce tiers, en sa qualité de tuteur, sera le représentant du mari. C'est à ce titre qu'il prendra, en ses lieu et place, l'administration de ses biens, des biens de la communauté et aussi des biens propres de la femme dont le mari avait lui-même ou aurait eu l'administration. La femme conservera bien entendu la gestion des biens qu'elle s'était réservés propres ou qui lui avaient été donnés sous cette condition.

Ici se place une question diversement résolue par les auteurs et qui, selon les uns, permettrait à la femme de reprendre la jouissance et l'administration de tous ses propres sans dictinction ; nous voulons parler de la question de savoir si la femme peut, se fondant sur ce fait seul que son mari est interdit, demander la séparation de biens. La plupart de nos anciens auteurs se prononçaient pour l'affirmative (1).

(1) Voir notamment Pothier, Comm. n° 509.

Depuis la rédaction du Code, ce système a été complètement abandonné. Cependant quelques auteurs (1) proposent encore de distinguer deux hypothèses. L'interdiction est-elle judiciaire, la femme ne pourra pas, de ce seul chef, demander la séparation de biens. Est-elle au contraire légale, la femme en aura le droit.

Il vaut mieux admettre, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs que la femme ne pourra jamais, en se fondant sur l'interdiction de son mari, intenter une demande en séparation de biens, et ce, même si la tutelle ne lui a pas été confiée, que l'interdiction soit d'ailleurs légale ou judiciaire (2).

L'opinion professée par nos anciens auteurs a été justement abandonnée, car, de ce que le mari est interdit, il ne suit pas que la dot de la femme soit nécessairement en péril, ni que les affaires du mari soient en désordre. Il serait donc injuste de priver le mari des avantages qu'il tient du contrat de mariage, à cause de ce fait seul qu'il est interdit; en cas d'interdiction judiciaire, son premier malheur (perte ou affaiblissement de ses facultés mentales) serait aggravé par un second (perte complète de ses droits de chef de la communauté).

D'après MM. Rodière et Pont, ces mêmes raisons ne se rencontreraient plus en matière d'interdiction légale. Le mari, disent les éminents jurisconsultes, n'est plus à plaindre. S'il est interdit, ce n'est plus parce que sa raison a baissé, mais bien parce qu'il a commis une faute dont la femme ne doit pas avoir à souffrir. Nous répondrons que cette faute n'a, par elle-même, aucun rapport avec l'administration des biens et qu'en outre ce qu'il est impor-

---

(1) Rodière et Pont, III, n° 2105 ; de Folleville, revue critique 1870, XXXVI, p. 481.

(2) Lyon, 11 novembre 1869, Dall., 70, 2, 69 ; Paris, 18 mars 1870, Dall., 70, 2, 102 ; Amiens, 18 août 1882, Sir., 82, 2, 222. — Demolombe, VIII, n° 614 ; Aubry et Rau, V, § 516, texte et note 16, p. 393 ; Laurent, XXII, n° 232 ; Guillouard, III, n°s 1092-1095, p. 52 et suiv.

tant de savoir, c'est si l'interdiction légale ne met pas la dot de la femme en péril ; or il est évident qu'à ce point de vue l'interdiction légale ne présente pas plus de dangers que l'interdiction judiciaire, dès lors la solution doit être la même dans les deux cas.

Tout en aboutissant au même résultat M. de Folleville prend un point de départ différent. Selon lui l'interdit légal doit être assimilé au contumax. Or nous verrons qu'en cas de contumace la femme peut demander la séparation de biens ; donc, dit cet auteur, elle doit pouvoir également la demander en cas d'interdiction. Cette solution serait très juste s'il y avait en effet assimilation complète entre l'interdit et le contumax. Mais comme le font fort justement observer MM. Aubry et Rau, il existe entre eux une différence profonde. « Le tuteur de l'interdit légalement comme celui de l'interdit judiciairement est tenu de remettre à sa femme la portion de revenus nécessaire à son entretien et à celui de ses enfants. Tandis que la femme du contumax ne peut réclamer, à titre de droit, aucune portion des revenus des biens séquestrés, et qu'elle doit se contenter des secours que l'administration voudra bien lui accorder (art. 475, C. I. cr.). »

Dans tous les cas, que l'interdiction soit légale ou judiciaire, s'il y a, de la part du tuteur, mauvaise administration, la femme pourra toujours demander la séparation de biens, en vertu de la règle : *Qui peut le plus, peut le moins.* Elle aurait eu ce droit contre le mari en cas de mauvaise administration de sa part (art. 1443), elle doit donc l'avoir, à plus forte raison, et dans les mêmes conditions, contre le tuteur qui ne fait que représenter le mari.

II. — *Interdiction de la femme.* — Dans ce cas, les pouvoirs du mari, au lieu d'être restreints, sont augmentés. Le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite (art. 506). Le conseil de famille n'a pas ici à intervenir, ce n'est pas lui, mais la loi, qui le nomme tuteur. Cette tutelle ne donne pas, d'ailleurs, au mari l'administration des biens personnels de la femme, il l'avait déjà aux termes

de l'article 1428, et c'est à ce titre qu'il la garde. Mais comme tuteur, il prend la gestion des biens dont la femme s'était réservé l'administration et la jouissance. Ses pouvoirs sur ces derniers biens seront alors ceux d'un tuteur ordinaire et non plus ceux dont parlent les articles 1428 et suiv...

Il peut arriver que, pour une cause quelconque, par exemple s'il est exclu ou excusé de la tutelle, le mari ne soit pas tuteur, ou du moins qu'il ne doive pas nécessairement l'être, comme en cas de séparation de corps (1); la tutelle serait alors déférée à un tiers qui n'aurait que l'administration des biens dont la jouissance aurait été réservée à la femme, l'administration des autres biens restant au mari, sauf dans le cas de séparation.

En ce qui concerne la séparation de corps, il faudrait, dans une certaine opinion, faire une distinction. Le mari serait de droit tuteur de sa femme interdite si la séparation a été obtenue par lui, mais si elle a été prononcée contre lui, il devrait être considéré comme indigne de la tutelle.

§ III. — État d'un époux placé dans un établissement d'aliénés.

Sans être interdit, l'un des époux pourrait, d'après la loi du 30 juin 1838, être placé dans un établissement d'aliénés. En pareil cas, l'administration provisoire des biens de l'interné, passe de droit aux commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics d'aliénés, lesquelles commissions désignent à cet effet un de leurs membres (art. 31).

Si le mari se trouve dans ces conditions, il est évident que, ne pouvant plus administrer ses propres biens, il ne pourra pas, *a fortiori*, continuer à administrer ceux de

(1) Cass., 25 novembre 1857, Dall., 58, 1, 299. — Nancy, 15 mai 1868, Dall., 69, 2, 224.

sa femme. On devra alors décider que l'administrateur provisoire, chargé de l'administration des biens du mari, devra en même temps administrer et les biens de la communauté et les biens propres de la femme.

Le fait que la femme serait placée dans un établissement d'aliénés n'influe en rien sur les pouvoirs d'administration du mari. Comme dans ce cas, on ne trouve pas de disposition analogue à celle de l'article 506, le mari n'aura aucun droit à administrer les biens personnels de la femme dont celles-ci se serait réservé la jouissance et l'administration ; et ce sera, d'après la règle de la loi de 1838, à l'administrateur provisoire qu'incomberont ce soin et ce droit.

§ IV. — Contumace.

Une situation qui se rapproche beaucoup des deux précédentes est celle où l'un des époux se trouve en état de contumace. Il faudra, en général, appliquer les mêmes règles qu'en matière d'interdiction, sauf en ce qui concerne le droit de demander la séparation de biens. Ce droit, que nous avons refusé à la femme en matière d'interdiction, résulte ici pour elle, tant de l'abandon volontaire dans lequel le mari laisse les biens de la communauté ainsi que les biens personnels de la femme, que du préjudice qui résulterait pour cette dernière de l'établissement du séquestre. Cette opinion, universellement reconnue, est cependant repoussée par M. Laurent (XXII, n° 233).

Enfin que le mari soit un mineur émancipé ou qu'il soit majeur, peu importe. Seulement, s'il est mineur émancipé, il ne pourra faire seul à propos des biens de sa femme que les actes que la loi lui permet de faire pour ses propres biens. En admettant avec quelques auteurs, que le mineur émancipé puisse aliéner seul son mobilier, il ne pourra pas pour cela aliéner celui de sa femme, puisque nous avons vu que, même à un mari pleinement capable, on doit refuser ce droit.

CHAPITRE V

DE LA RESPONSABILITÉ DU MARI.

Dans le fait du mari d'administrer les biens personnels de la femme, il y a pour lui, non seulement un droit, mais encore un devoir. Le mari doit administrer en bon père de famille ; il est responsable du préjudice que sa mauvaise gestion aura pu causer à la femme. C'est ce que dit l'article 1428 dans son dernier alinéa : « Il (le mari) est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires ».

Nous avons vu dans le chapitre premier qu'il fallait entendre par là, non seulement les actes de conservation matérielle, mais encore les actes de conservation juridique comme l'interruption d'une prescription, l'inscription, ou le renouvellement d'inscription, d'une hypothèque garantissant une créance propre de la femme.

Comme tout usufruitier, le mari doit faire faire les réparations d'entretien, tenir les biens en bon état, afin de permettre d'en jouir avec le plus grand avantage. A la différence de l'usufruitier il est aussi tenu, avons-nous dit, de veiller aux grosses réparations ; s'il ne se conforme pas à l'une ou à l'autre de ces obligations il est responsable envers la femme ; il doit réparer le préjudice qui a ainsi été causé à celle-ci.

Le mari devient, par sa négligence, débiteur de la femme, mais comme il y a là une dette de communauté, puisqu'elle a été contractée pendant sa durée cette dette sera supportée par la communauté et il arrivera que, en cas d'acceptation, la femme se trouvera sa propre débitrice pour moitié. Une dérogation doit être apportée à cette

règle en ce qui concerne les grosses réparations ; les dépenses qu'elles occasionnent n'incombent en effet, selon nous, à la communauté que sauf récompense, c'est-à-dire que la femme devra en définitive les supporter seule, à moins qu'elles n'aient été rendues nécessaires par suite du défaut d'accomplissement des réparations d'entretien.

La responsabilité du mari est encore engagée quand il n'interrompt pas les prescriptions qui peuvent courir contre la femme. Ici une distinction semble nécessaire.

Dans le cas où la prescription a commencé pendant le mariage, aucun doute ne peut s'élever, le mari est évidemment et certainement responsable. A l'inverse, la solution ne présente pas non plus de difficulté, si la prescription ne vient à s'accomplir qu'après la dissolution ; la femme n'a alors rien à reprocher au mari, elle a recouvert l'exercice de toutes ses actions, c'était donc à elle à prendre ses mesures. Il en serait toutefois autrement si les débiteurs, contre lesquels le mari a négligé d'agir, étaient devenus insolvables *constante adhuc matrimonio*, l'action que la femme pourrait exercer contre eux, lorsqu'elle serait redevenue maîtresse de tous ses droits, c'est-à-dire après la dissolution, serait absolument inefficace ; elle peut alors recourir de ce chef contre le mari qui a été en faute en laissant s'accomplir cette insolvabilité.

Mais si la prescription a commencé avant le mariage, la question devient plus délicate. Nous croyons que dans ce cas encore il faut admettre le principe de la responsabilité du mari tout en laissant aux tribunaux un très large pouvoir d'appréciation. Dans certaines hypothèses, il serait, en effet, souverainement injuste de rendre le mari responsable d'un fait qu'il n'a pu matériellement empêcher. Ainsi le mari pourra très bien faire valoir, pour excuser son défaut d'action, que, la prescription devant s'accomplir très peu de temps après la célébration du mariage, quelques jours seulement peut-être, il lui a été complètement impossible d'agir, ou encore qu'à propos d'un immeuble de la femme possédé par un tiers, il n'a pu avoir, en temps

utile, les titres nécessaires pour évincer ce dernier. Dans ces cas et autres semblables, c'est aux tribunaux à apprécier.

Si la responsabilité du mari s'explique et se justifie aisément, quand il s'agit d'une prescription qu'il pouvait interrompre au moyen d'actions dont l'exercice lui est reconnu, comme les actions mobilières, et les actions possessoires, il n'en est plus de même, quand l'interruption suppose la mise en jeu d'une action immobilière pétitoire. Une telle action ne peut, en effet, être intentée par le mari seul (art. 1428, al. 2) ; comment alors comprendre que le mari puisse être responsable de ce chef ?

Remarquons d'abord qu'il peut ordinairement interrompre la prescription du tiers, au moyen des actions possessoires dont il a l'exercice ; il est donc en faute s'il ne l'a pas fait. Mais, même s'il n'était plus recevable à intenter l'action possessoire, parce que le mariage a eu lieu alors que la prescription courait déjà depuis plus d'un an, sa responsabilité se justifie encore parfaitement.

Si l'on admet avec une certaine opinion que, le mari pouvant et devant agir au pétitoire pour faire revenir à la communauté des immeubles indûment possédés par des tiers, cette action confessoire d'usufruit peut interrompre la prescription qui court contre la femme, il était très logique de le déclarer responsable de son inaction (1).

Même si, avec M. Colmet de Santerre (VI, n° 71 *bis* VII, p. 164) on pense que cette action confessoire d'usufruit ne peut, à elle seule, interrompre la prescription, il faut encore, en vertu des règles qui régissent les rapports de tout usufruitier avec le nu-propriétaire, décider que le mari doit être responsable. Aux termes de l'article 614, en effet : « Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dé-

(1) Marcadé, s. art. 1428, IV.

noncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même ». Bien que n'ayant pas le droit d'intenter seul une action immobilière pétitoire, le mari doit donc prévenir la femme du danger de la prescription, et la mettre en demeure d'exercer, avec son autorisation, l'action pétitoire. Si, malgré cet avertissement, la femme n'a pas agi, le mari est dégagé.

Il est conforme aux principes de l'article 1382, que chaque époux doit répondre du dommage causé par son fait sur les biens de son conjoint ; le mari sera donc responsable du dommage qu'il aura pu causer sur les biens de sa femme. Ici encore, comme ce dommage constitue une dette, et que celle-ci tombe en communauté, la femme en cas d'acceptation, éteindra par confusion une partie des dommages et intérêts qu'elle pourrait avoir à réclamer au mari, par conséquent elle n'aura droit, dans ce cas, qu'à la réparation de la moitié du préjudice à elle causé.

Enfin, il faut avoir soin de distinguer le cas où le mari excède les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi comme administrateur, de celui où il néglige d'en user. Dans l'un comme dans l'autre il est bien responsable, mais, dans le second, la femme renonçante n'a pas d'action contre les tiers, à moins qu'il ne soit prouvé que ceux-ci étaient d'accord avec le mari pour léser ses intérêts, qu'ils ont colludé avec lui.

Le mari est responsable du placement des sommes provenant des biens propres de la femme, alors même, dit la cour de cassation, dans son arrêt du 8 février 1853 (*Dall.*, 53, 1, 33), que ce placement a été fait par la femme, elle-même, en qualité de mandataire de son mari.

De même, il est responsable du non paiement de la dot de sa femme, bien que lui-même ne l'ait pas en réalité reçue du constituant, s'il est prouvé que c'est par sa faute que le paiement n'a pas eu lieu (1).

---

(1) Cass., 19 juillet 1863, Dalloz, 63, 1, 86.

L'article 39 alinéa 4, de la loi sur l'enregistrement du 22 frimaire an VII, décide que les tuteurs et curateurs seront responsables du défaut ou de l'insuffisance de déclaration de successions échues à leurs administrés, et supporteront personnellement le demi-droit en sus, ou le double droit perçu en raison de l'une ou de l'autre de ces contraventions. La jurisprudence a étendu cette disposition au mari. à propos des successions échues à sa femme (1).

---

(1) Bordeaux, 8 février 1843, Sir., 43, 2, 267.

CHAPITRE VI

DES CAUSES QUI METTENT FIN A L'ADMINISTRATION DU MARI

Le droit d'administration reconnu au mari sur les biens personnels de la femme n'étant qu'une conséquence, un effet, de l'existence de la communauté, doit nécessairement prendre fin en même temps que cette communauté.

Section I. — Mort de l'un des époux.

Le mode normal de dissolution de la communauté est la mort de l'un ou de l'autre des époux.

Il n'en était pas toujours ainsi dans notre ancien Droit. D'après quelques coutumes, notamment celle de Paris, (art. 240 à 242), en l'absence d'inventaire, la communauté se continuait entre le conjoint survivant et les enfants mineurs. Le motif de cette disposition était la difficulté d'établir la consistance des biens au jour du décès. Mais la continuation n'était établie qu'en faveur des enfants, aussi ces derniers avaient-ils la faculté d'opter pour la dissolution.

La coutume d'Orléans (art. 216) allait même plus loin ; elle admettait la continuation de la communauté, que les héritiers de l'époux prédécédé fussent des descendants ou des ascendants, qu'ils fussent mineurs ou majeurs. La continuation était même forcée, sauf dans le cas où les héritiers étaient mineurs.

Cette matière était l'une des plus ardues de notre ancien Droit ; elle donnait lieu à des difficultés inextricables si le conjoint survivant se remariait, il se formait alors ce qu'on

appelait une communauté tripartite. On voit à quel dédale on aboutissait, si l'on suppose un conjoint se remariant quatre ou cinq fois et ayant des enfants de chaque lit. Aussi le Code, sans enlever toute sanction au défaut d'inventaire lors de la dissolution de la communauté, a-t-il formellement abrogé ces anciennes règles. L'article 1442 ouvre d'abord, comme sanction générale, la preuve par commune renommée pour établir la consistance des biens communs. Le droit d'invoquer cette preuve appartient aux parties intéressées, c'est-à-dire aux héritiers de l'époux prédécédé et à ses créanciers quels qu'ils soient. De plus, s'il y a des enfants mineurs, héritiers du prédécédé, l'époux survivant, s'il ne fait pas inventaire, perd la jouissance de leurs revenus ; le subrogé-tuteur est tenu solidairement avec lui, qu'il n'a point obligé à faire inventaire, de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs.

Notre article ne fixe pas de délai dans lequel l'inventaire doit être fait. Il est clair que ce délai ne peut pas être indéterminé ; il faudra donc appliquer le délai ordinaire de trois mois (art. 795, 1456, 1458 et 1465), sauf à l'époux survivant à se faire accorder par les tribunaux une prorogation si le laps de temps est insuffisant. Si l'inventaire est infidèle, on se trouve dans la même situation que s'il n'y en avait pas eu.

Au point de vue qui nous occupe, il faut distinguer selon que la communauté est dissoute par la mort du mari, ou celle de la femme.

1° *Le mari prédécède.* — Sans doute il ne peut plus être question d'administration de sa part, mais l'article 2010 conduit à décider que les héritiers du mari devront « pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de la femme », prendre les mesures conservatoires les plus urgentes.

2° *La femme prédécède.* — Le mari verra par là même ses pouvoirs éteints ; il ne pourra plus, comme les héritiers dans l'hypothèse précédente, que pourvoir à ce que

les circonstances exigent pour l'intérêt des héritiers de la femme. Il n'est plus en effet administrateur des biens de la femme, mais de biens appartenant à des tiers. Réserve doit être faite, cependant, pour le cas où il y aurait des enfants mineurs dont le mari serait le tuteur.

Section II. — Divorce.

Le divorce qui, depuis la loi du 8 mai 1816, n'existait plus en France, a été rétabli par les lois récentes des 27 juillet 1884 et 18 avril 1886 ; l'alinéa 3 de l'article 1441 se trouve donc de nouveau en vigueur, c'est-à-dire que le divorce est redevenu, de nos jours, une cause de dissolution de la communauté, et que, par suite, il fait cesser les pouvoirs d'administration du mari.

Avant la loi de 1886, on se demandait si le jugement, qui prononce le divorce, devait ou non rétroagir au jour de la demande ; on se prononçait en général pour l'affirmative en ce qui concernait les rapports des époux entre eux, et pour la négative à l'égard des tiers ; c'est la solution que consacre formellement le nouvel article 252 dans son dernier alinéa.

De même que nous le verrons pour la séparation de biens, le mari conserve en fait l'administration des biens propres de sa femme jusqu'au jour du jugement prononçant le divorce. Notons en passant la disposition de l'ancien article 270, abrogé par l'article 4 de la loi de 1886 et d'après lequel la femme pouvait, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté, et faire ainsi obstacle, jusqu'à un certain point, à l'exercice des droits du mari.

Section III. — Séparation de biens.

La séparation de biens est un moyen accordé à la femme pour contrebalancer les pouvoirs du mari sur les

biens qu'elle a apportés en dot. La femme a, il est vrai, l'hypothèque légale, le droit de renoncer à la communauté (art. 1453), droit qu'elle ne peut en aucun cas s'enlever. Si elle accepte elle a encore le bénéfice de l'article 1483, c'est-à-dire que, moyennant certaines conditions, elle n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. Mais il faut de plus que la femme puisse mettre ses apports en sûreté, si elle les voit compromis par le mari; c'est le but de la séparation de biens dont l'effet est de dissoudre la communauté et par suite de mettre fin aux pouvoirs d'administration du mari.

Rétroactivité. — L'article 1445 al. 2 ne peut laisser subsister aucun doute sur la rétroactivité de la séparation de biens principale : « Le jugement qui prononce la séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ». On admet généralemeut qu'il faut entendre par demande, non pas la requête adressée au Président du Tribunal, et exigée par l'article 865 du Code de procédure, ni même l'ordonnance du Président autorisant la femme à procéder sur sa demande, mais l'assignation qui fera connaître au mari la demande formée contre lui (1).

Cette rétroactivité est en réalité une dérogation au droit commun, car en règle générale, tout jugement qui constitue un état nouveau ne produit pas d'effets rétroactifs. Elle se justifie d'ailleurs parfaitement au point de vue de l'utilité pratique car, d'un côté, il faut assurer à la femme, aussitôt que possible, les avantages qui résultent pour elle de la séparation et, de l'autre, les tiers étant avertis par la publication, ne peuvent pas se plaindre de la rétroactivité.

Cet effet rétroactif se produit donc aussi bien à l'égard des tiers que dans les rapports des époux entre eux, notre texte ne distingue pas. Il en résulte que si, par exemple,

---

(1) Bordeaux, 23 novembre 1880. *Sir.*, 81, 2, 76. — Trib. de Troyes, 10 août 1881., *Sir.*, 81, 2, 220.

une succession échoit à la femme depuis la demande, elle ne tombera pas en communauté, que la femme aura droit aux fruits de ses propres depuis ce jour, sauf les charges du ménage auxquelles elle devra contribuer pour sa part, ou encore que les dettes contractées depuis ce moment par le mari ne pourront pas diminuer la part de la femme dans la communauté en cas d'acceptation par elle. Ce point : que la femme peut, après le jugement de séparation de biens, accepter la communauté ou y renoncer, et qui était discuté dans notre ancien droit, est aujourd'hui universellement admis. Il en résulte encore que l'acte de disposition d'un bien commun par le mari ne peut être opposable à la femme, sauf application dans certains cas de l'article 2279 ; mais on reconnaît en général que le mari pourra faire les actes d'administration relatifs aux biens de la communauté, et même ceux relatifs aux propres de la femme. Il est en effet de toute nécessité, que ces derniers soient administrés pendant le cours de l'instance, et il est impossible, en l'absence d'un texte, d'en attribuer, l'administration à la femme ou à toute autre personne ; c'est donc le mari qui la gardera (1).

Jusqu'au prononcé du jugement, tout acte de disposition fait par le mari sera donc nul, ou, du moins, ne pourra pas être opposé à la femme, et tout acte d'administration sera valable ; il est de l'intérêt même de la femme qu'il en soit ainsi. Il faudrait cependant excepter le cas de fraude ; il est évident que même les actes d'administration seraient nuls s'ils avaient été faits par le mari en fraude des droits de la femme ; et comme c'est surtout en matière de demande de séparation qu'on peut craindre la fraude du mari, il faudra se demander si tel ou tel acte a bien été régulièrement fait, c'est un point que les tribunaux auront à décider. Certains arrêts ont même admis que la

---

(1) Troplong, II, n° 1382 ; Rodière et Pont, III, n° 2177 ; Aubry et Rau, V, § 516, texte et note 50, p. 402 ; Colmet de Santerre, VI, n° 94 *bis*, II. — *Contrà* : Laurent, XXII, n°s 348-351.

femme pourrait faire annuler un acte d'administration accompli par le mari depuis la demande, bien qu'il n'y ait pas eu fraude de sa part. Notamment un arrêt de la cour de Riom du 20 février 1826 a jugé que la femme pouvait faire annuler un bail consenti par son mari avant le jugement de séparation, mais après la publication de la demande, sans être obligée de prouver que le bail était frauduleux, surtout s'il privait la femme et les enfants d'une exploitation avantageuse.

Il n'est donc pas complétement exact de dire ici, que les pouvoirs du mari comme administrateur, cessent en même temps que la communauté. Celle-ci se dissout dès le jour de la demande, et nous avons vu ce qu'il fallait entendre par là, tandis que l'administration du mari ne cesse qu'une fois le jugement de séparation rendu. C'est à ce moment seulement que la femme reprend la libre administration de ses biens (art. 1449).

Section IV. — Séparation de corps.

« La séparation de corps entraînera toujours la séparation de biens » dit l'article 311. La séparation de biens accessoire à la séparation de corps produit en général les mêmes effets que la séparation principale.

On se demande cependant si, comme cette dernière, elle rétroagit quant à ses effets au jour de la demande.

Dans une première opinion qui a été longtemps celle de la jurisprudence, l'article 1445 serait applicable non seulement au cas où la séparation de biens est prononcée seule et principalement, mais encore à celui où elle a lieu comme conséquence d'un jugement prononçant la séparation de corps ; ce qui signifie que ce jugement remontera, quant à ses effets, au jour de la demande, tant à l'égard des tiers, que dans les rapports des époux entre eux (1).

---

(1) Paris, 27 décembre 1860 ; Dall., 61, 2, 27 ; Cass., 22 avril 1845 ; Dall., 45, 1, 267.

Cette extension de l'article 1445, al. 2, à la séparation de biens ne nous paraît pas devoir être admise. Cet article constitue, nous l'avons dit, une dérogation au droit commun ; d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*, il faut le restreindre au cas spécial pour lequel il a été écrit, on ne peut l'étendre à d'autres cas analogues. Du reste cette analogie, dont on argumente, entre la séparation principale et la séparation accessoire, est loin d'être complète.

Ainsi la première ne peut être demandée que par la femme. Un arrêt du 27 février 1602 avait donné ce droit au mari, mais dans un cas tout à fait exceptionnel ; il s'agissait d'une femme qui avait à la fois, 114 procès. La seconde, au contraire, peut être indifféremment demandée par l'un ou par l'autre des époux.

Les créanciers des époux peuvent s'opposer à l'une, ils ne peuvent s'opposer à l'autre.

Les causes de celles-là tiennent à des intérêts purement pécuniaires, les causes de celle-ci se rattachent à des intérêts surtout moraux.

La séparation de biens principale ne fait pas perdre aux époux les avantages qui pouvaient avoir été stipulés à leur profit dans le contrat de mariage. Au contraire, la séparation de corps fait perdre à l'époux contre lequel elle est prononcée, tous les avantages qui avaient été stipulés en sa faveur.

La demande en séparation de biens doit être publiée et les articles 866 et suivants du Code de procédure indiquent les formes dans lesquelles doit se faire cette publication. L'article 880 du même Code ne parle pour la séparation de corps, que de la publication du jugement et non de celle de la demande.

N'est-ce pas donner à entendre qu'il est inutile d'informer les tiers de cette demande, parce qu'ils n'ont pas à craindre ici la rétroactivité du jugement à intervenir.

Bien plus, les motifs qui ont déterminé le législateur à admettre la rétroactivité du jugement en matière de sépa-

tion de biens, ne se rencontrent plus dans la séparation de corps. Ce qui pousse la femme à présenter sa demande en séparation de biens, ce sont des intérêts exclusivement pécuniaires, la crainte de voir sa dot compromise, le péril que la mauvaise administration du mari fait courir à cette dot. Sans la rétroactivité, cette ressource suprême à laquelle se résigne la femme, aurait pu être un secours absolument illusoire, la dot aurait pu être complètement dissipée pendant le cours de l'instance.

Rien de semblable pour la séparation de corps. Quel est ici le but de la femme ? Faire cesser une vie commune devenue insupportable. Mais, objecte-t-on, même dans ce cas, la femme peut encore avoir des raisons d'un ordre pécuniaire, sa dot peut encore être en péril, et alors les besoins de la rétroactivité se font également sentir. Que la femme puisse avoir, à côté d'intérêts moraux, des intérêts pécuniaires, nous l'admettons ; mais alors, pour obtenir la rétroactivité, elle a un moyen bien simple qui est d'intenter en même temps une demande en séparation de biens principale, et elle sera complètement garantie (1).

Enfin, il serait souverainement injuste d'admettre que les effets du jugement de séparation de corps remonteront au jour de la demande, du moins à l'égard des tiers, puisque ceux-ci n'ont pu être informés de l'existence de cette demande.

Aussi, une deuxième opinion présentée par quelques auteurs, et consacrée par la jurisprudence actuelle, décide que le jugement prononçant la séparation de corps, et conséquemment la séparation de biens, ne produira pas d'effet rétroactif vis-à-vis des tiers (2). Quant aux rapports des époux entre eux, il en sera autrement ; il y aura

---

(1) Cass., 13 mai 1862 ; Dall., 62, 1, 422.

(2) Cass., 20 mars 1855 ; Dall., 55, 1, 329 ; 13 mai 1862, Dall., 62, 1, 422 ; 5 août 1868, Dall., 68, 1, 407 ; 12 mai 1869, Dall., 69, 1, 270 ; 13 mars 1872, Dall., 72, 1, 49 ; 18 juin 1877, Dall., 77, 1, 445 ; Lyon, 16 juillet 1881, Sir., 82, 2, 237. — Troplong, II, nos 1386 et suiv. ; Aubry et Rau, V, § 494, texte et notes 18 et 19, p. 202-203.

rétroactivité tout comme en matière de séparation de biens principale. En un mot, ce système applique pour une partie (rapport des époux entre eux) la règle de l'article 1445, al. 2, et la rejette pour l'autre partie (à l'égard des tiers). Ainsi présenté, ce système, qu'il eût été inutile de combattre en pratique, n'était cependant pas admissible ; il portait en lui-même sa condamnation. On ne peut pas, en effet, scinder ainsi l'article 1445 ; il faut ou bien l'appliquer tout entier comme le fait le premier système, qui est ainsi plus conséquent avec lui-même, ou bien ne pas l'appliquer du tout ; la rétroactivité doit être admise à l'égard de tous, époux et tiers, ou elle ne doit l'être à l'égard de personne.

C'est cette dernière solution qui est adoptée et enseignée par la majorité des auteurs (1). Dans ce troisième système, pour la séparation de biens accessoire, la rétroactivité n'a pas lieu ; les effets qu'elle produit ne remontent pas au jour de la demande mais seulement au jour du jugement, qu'on envisage d'ailleurs ces effets par rapport aux époux ou par rapport aux tiers.

Tel était l'état de la question et les différentes façons dont elle était résolue quand la loi du 18 avril 1886, relative au divorce, est venue la trancher, à notre avis, dans le sens du système de la jurisprudence. Depuis cette loi, aucun doute ne nous paraît plus permis, et la question ne nous semble pas pouvoir être sérieusement controversée.

Nous avons vu que le premier système ne pouvait pas logiquement se soutenir. Entre les deux autres, il n'est plus permis d'hésiter, et il faut admettre le système que la jurisprudence, dans son dernier état, avait toujours consacré, à cause de l'immense avantage pratique qu'il présentait.

---

(1) Marcadé, s. art. 311, IV, et 1449, I ; Demolombe, IV, n° 514 ; Colmet de Santerre, VI, n° 94 *bis*, III ; Laurent, XXII, n° 338 ; Baudry-Lacantinerie, III, n° 175, p. 115 et 116 ; Guillouard, III, n° 1174, p. 123-125.

Il était souverainement injuste de décider, comme le faisaient les partisans du premier système, que les effets de la séparation de biens accessoire remonteraient au jour de la demande, puisque, cette demande n'étant pas publiée, les tiers ne pouvaient pas prendre leurs précautions. D'un autre côté, admettre, avec la majorité des auteurs, que cette séparation ne produirait jamais d'effet rétroactif, même dans les rapports des époux entre eux, était causer un grave préjudice aux intérêts de la femme. Si on suppose, en effet, une succession mobilière échue à celle-ci après l'introduction de l'instance, mais avant le jugement, elle serait tombée en communauté et aurait ainsi été mise à la libre disposition du mari que rien n'aurait empêché de la dissiper. On disait, il est vrai, que pour remédier à cet inconvénient, la femme n'avait qu'à introduire, en même temps que sa demande en séparation de corps, une demande en séparation de biens principale. Mais c'était obliger de la sorte la femme à suivre une seconde procédure et à faire des frais nouveaux. Au surplus la femme n'aurait pas toujours été recevable à formuler sa demande en séparation de biens principale. Supposons, en effet, que le mari a toujours administré les biens de la femme en bon père de famille, que la dot ne court aucun risque, la demande que formerait la femme dans ces conditions serait évidemment rejetée par les tribunaux.

Les raisons d'utilité pratique qui avaient décidé la jurisprudence, n'ont rien perdu de leur force, et peuvent être encore aujourd'hui invoquées avec beaucoup d'autorité. Mais sur le terrain du droit, la jurisprudence n'arrivait pas à justifier sa solution d'une manière satisfaisante. On ne pouvait pas, comme on le disait fort bien, dans la troisième opinion, appliquer pour une partie la disposition, ne comportant aucune distinction, de l'article 1445 al. 2, et l'écarter pour l'autre.

Aussi pensons-nous qu'il faut abandonner cet article et ne l'appliquer qu'au cas, pour lequel il a été édicté, cas de la séparation de biens principale. La loi du 18 avril 1886

qui a une bien plus grande portée, coupe court, ce nous semble, à toute discussion, et vient apporter à la jurisprudence l'appui du texte qui lui faisait défaut jusque-là. L'article premier de cette loi qui est devenu l'article 252 de notre Code, dispose dans son dernier alinéa que : « Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses *effets entre époux*, au jour de la demande ». Or on sait que, le Code n'ayant consacré à la séparation de corps qu'un nombre très restreint d'articles (306 à 312), il a, de tout temps, été reconnu qu'on devait appliquer aux cas de séparation de corps non spécialement prévus, les règles édictées pour des cas analogues en matière de divorce. Il n'en était autrement que si leur application était en opposition avec la nature même de la séparation de corps, avec une disposition expresse ou implicite de la loi, ou enfin avec les principes généraux du droit.

« Cette règle d'interprétation, disent MM. Aubry et Rau (V, § 491, texte et note 8, p. 173), qui se fonde tout à la fois sur la lettre de la loi et sur son esprit tel qu'il se manifeste par la discussion au Conseil d'Etat (1), pourrait encore, au besoin, trouver un nouvel appui dans la loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce. En ordonnant que les demandes et instances en divorce, pendantes au moment de la promulgation de cette loi, seraient converties en demandes et instances en séparation de corps, l'article 2 de cette loi a encore rapproché la séparation de corps, du divorce. »

Aujourd'hui il est moins douteux que jamais qu'on doive étendre à la séparation de corps les règles du divorce. Cela résulte de la façon la plus évidente du rapport présenté au Sénat à propos de la loi de 1886.

M. Labiche, rapporteur à la Chambre haute, après avoir, sur une première observation de M. Batbie, fait remarquer l'innovation que contenait, au point de vue du divorce et de la séparation de corps, le dernier alinéa de l'article 252,

(1) Locré, Lég., V. p. 7 à 10, p. 131 à 142.

terminait par la phrase suivante qui ne peut laisser place au moindre doute : « Notre honorable collègue met les tiers en jeu, il oublie que notre texte ne parle que des effets « à l'égard des époux ». Notre rédaction donne donc satisfaction à ses préoccupations. En ce qui concerne les effets *de la séparation de corps* ou du divorce à « l'égard des tiers», il n'est apporté aucune modification au régime actuel (1) ».

La disposition de l'article 252 n'est de toute évidence en opposition ni avec la nature même de la séparation de corps, ni avec les principes généraux du droit; on doit donc l'appliquer à la séparation de corps.

En résumé, la séparation de biens résultant d'une séparation de corps produira un effet rétroactif en ce qui concerne les époux, et n'en produira pas à l'égard des tiers.

Remarquons qu'en fait le mari conservera, jusqu'à la prononciation du jugement, l'administration des biens personnels de la femme, puisque nous avons admis qu'il en était ainsi, même en cas de séparation de biens principale.

Section V. — Jugement prononçant la nullité du mariage.

En principe, un mariage dont la nullité est prononcée par justice, étant censé n'avoir jamais eu d'existence légale, ne produit aucun effet; on ne devra donc pas dire que la communauté est dissoute puisqu'elle est réputée n'avoir jamais existé. Il n'y aura donc pas lieu à liquidation. Chacun des époux reprendra ses apports, et le partage des gains se fera, comme dans une société ordinaire, proportionnellement aux apports de chacun.

---

(1) Sénat, séance du 24 décembre 1885. Sir., lois annotées, 1886, p. 57, col. 3 et p. 58, col. 1.

Il peut se faire cependant, et c'est ce qui arrivera presque toujours, que le mari ait eu en fait l'administration des biens de la femme pendant tout le temps qui s'est écoulé entre la célébration du mariage et le jugement qui en prononce la nullité. Les actes que le mari aura pu faire ne seront certainement pas valables, en ce sens qu'ils ne seront pas obligatoires pour la femme. Celle-ci pourra, toutefois, les ratifier si elle y trouve son avantage ; car, si le mari n'a pas pu agir en tant qu'administrateur, rien ne s'oppose à ce qu'il ait pu agir en qualité de gérant d'affaires, c'est-à-dire, en cas de ratification de la femme, comme mandataire.

Il n'en est plus de même en cas de mariage putatif, c'est-à-dire d'un mariage nul en réalité, mais que les époux, ou l'un d'eux au moins, ont cru valable en le contractant, et dont la nullité vient ensuite à être prononcée. On a, avec grande raison, assimilé cette situation à un mariage valable dissous par le divorce. L'article 201 nous dit à cet égard : « Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi ». Ces termes sont un peu trop absolus ; on pourrait, en effet, être tenté d'en conclure qu'un tel mariage continue à produire ses effets, même après que la nullité en a été prononcée, tandis qu'il est bien certain qu'il cesse de produire tout effet, du jour où la nullité est déclarée par les tribunaux. Ce que veut dire le texte, c'est que les effets produits jusqu'à cette déclaration sont maintenus et se perpétuent.

Voyons maintenant quels auront pu être, pendant la durée d'un tel mariage, les droits d'administration du mari, et quelle influence exercera sur ces droits, le jugement qui en prononce la nullité, suivant que les deux époux, ou l'un d'eux seulement, auront été de bonne foi.

Les deux époux étaient de bonne foi. — Nous nous trouvons dans les termes mêmes de l'article 201. Le mariage putatif produit alors tous les effets qu'aurait produit

un mariage valablement contracté; les droits d'administration du mari se détermineront donc et se liquideront comme dans le cas d'un mariage ordinaire. Nous n'avons donc qu'à renvoyer, à ce sujet, aux développements que nous avons donnés dans les chapitres précédents.

Ces pouvoirs d'administration du mari cesseront au jour du jugement. Comme le font très justement remarquer MM. Aubry et Rau (V. § 460, texte et note 14), il n'est pas actuellement question de fixer le moment auquel cessera un régime matrimonial valablement établi; il s'agit de déterminer l'époque jusqu'à laquelle le régime adopté par les époux continuera, en considération de leur bonne foi, à recevoir application, malgré la nullité dont il se trouve entaché. Or, cette bonne foi doit opérer ses effets quant aux biens, aussi longtemps qu'elle les produit en ce qui concerne les rapports personnels des époux » (1).

Le mari seul était de bonne foi. — Même remarque et même solution que dans l'hypothèse précédente. Le mariage putatif produit tous ses effets à l'égard du mari qui, par conséquent, a eu, d'après les règles ordinaires, l'administration des biens personnels de la femme. Les actes qu'il a faits comme administrateur, dans les limites qui lui sont tracées par la loi, seront donc pleinement valables, et la femme n'aura de ce chef aucun recours contre lui. On ne comprendrait pas que la femme pût se prévaloir d'un mariage qu'elle savait pertinemment être entaché de nullité, pour attaquer les actes faits par son mari ou recourir à ce sujet contre lui. L'administration cessera encore, comme dans le cas où les deux époux étaient de bonne foi, au jour du jugement qui prononce la nullité du mariage.

La femme seule était de bonne foi. — Bien que de mauvaise foi, le mari aura en réalité administré les propres de la femme. Les actes qu'il aura ainsi accomplis ne pourront pas être opposés à celle-ci, en ce sens qu'elle

(1) En ce sens : Marcadé, s. art. 202, IV.

pourra toujours avoir un recours contre lui. Nous croyons même qu'elle pourrait, en cas d'aliénation, exercer contre les tiers l'action en revendication, sauf application de l'article 2279. La femme pourra, à son choix, ou bien ne pas ratifier les actes d'administration du mari, ou bien s'en prévaloir; elle pourra avoir à cela un grand intérêt, car l'administration du mari aura pu être excellente.

Notons qu'ici encore le mari pourra très bien être regardé comme gérant d'affaires. Il n'y a pas alors lieu de se demander quand finira l'administration du mari, puisqu'en droit il ne l'a jamais eue.

DEUXIÈME PARTIE

Nous avons essayé de montrer comment et dans quelle mesure, le mari, sous le régime de communauté, pouvait et devait administrer les biens propres de la femme. Nous avons maintenant à rechercher quels seront, sous les autres régimes, les droits et les pouvoirs du mari relativement à ces mêmes biens.

Cette seconde partie de notre thèse se divise naturellement en trois titres.

Droits et pouvoirs d'administration du mari sur les biens personnels de la femme dans :

I. — Le *Régime sans communauté ;*

II. — Le *Régime de Séparation de biens ;*

III. — Le *Régime dotal.*

TITRE I

RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ

Sans parler du régime dotal, les époux peuvent déclarer qu'ils se marient sans communauté ou qu'ils seront séparés de biens.

Le Code s'occupe d'abord dans le premier paragraphe de la dernière section, du régime sans communauté. Sous ce régime chaque époux conserve la propriété de tous ses biens, meubles et immeubles, présents et futurs. Le mari a la jouissance et l'administration de tous les biens de sa femme; les fruits et revenus lui sont censés apportés par elle, pour subvenir aux besoins du ménage. Comme son nom même l'indique, ce régime ne comporte pas de masse commune; d'où différence capitale avec le régime de communauté. Il diffère de la séparation de biens, en ce que le mari a la jouissance et l'administration de tous les biens de la femme; et du régime dotal, en ce que les biens apportés par celle-ci ne sont pas inaliénables, et qu'à moins d'une clause contraire expresse, il en a encore la jouissance et l'administration. Nous verrons en effet que, pour qu'un bien soit dotal et par suite que le mari en ait la jouissance, il faut que ce bien ait été expressément constitué en dot, soit par la femme elle-même, soit par un tiers (art. 1541). Les biens dotaux ne sont que l'exception; ce qui forme la règle, ce sont les biens paraphernaux dont la femme garde et la jouissance et l'administration.

Le régime sans communauté est, d'ailleurs, fort rare en pratique. Il sacrifie, sans aucune compensation, les intérêts de la femme. Celle-ci n'a pas, en effet, les chances de gain que lui présente le régime de communauté, ni l'avantage d'administrer elle-même ses propres biens et d'en

jouir comme dans le régime de séparation. Enfin l'usufruit du mari est plus large que sous le régime dotal, puisqu'il n'y a pas à parler de paraphernaux; de plus la femme ne trouve pas, pour assurer la conservation de sa dot, l'avantage de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité de ses immeubles.

Nous examinerons à propos de ce régime, les points suivants :

I. — *Doit-on appliquer, pour les cas non prévus, les règles du régime de communauté ou celles du régime dotal ?*

II. — *Quels sont les pouvoirs d'administration du mari ?*

§ I. — Quelles règles doit-on appliquer au régime sans communauté ?

Le Code ne consacre au régime sans communauté, qu'un très petit nombre d'articles (1530-1535). On a alors à se demander s'il faudra étendre aux hypothèses non prévues par ces textes, les règles du régime de communauté, ou, au contraire, leur appliquer les règles du régime dotal. Il semble au premier abord qu'aucun doute ne soit possible et qu'on doive nécessairement, à cause de la ressemblance théorique avec le régime dotal, combler les lacunes laissées par nos articles, au moyen de règles empruntées à ce dernier régime. Telle est, en effet, l'opinion professée par plusieurs auteurs (1).

Le régime sans communauté, dit-on, est, comme le régime dotal et par définition, exclusif de toute masse commune. Dans l'un comme dans l'autre, les fruits des biens constitués en dot sont apportés au mari pour subvenir aux besoins du ménage (1531-1540); le mari a l'administration des biens meubles et immeubles de la femme (1531-1549); il est également tenu des charges de l'usufruit (1533-1562). S'il en est ainsi des points principaux des deux régimes, il doit, à plus forte raison, en être de même

(1) Aubry et Rau, 1re et 2e éditions.

des points secondaires. Au contraire, le régime sans communauté présente avec le régime de communauté cette différence capitale qu'il exclut l'idée même de toute masse commune. Comment donc pourrait-on appliquer les mêmes règles dans deux régimes aussi contraires.

Enfin l'historique de la rédaction est loin d'être opposée à cette manière de voir. De ce que le régime dotal n'a été inséré qu'après coup dans notre Code, il ne s'ensuit pas que les rédacteurs aient alors voulu distinguer les effets du régime dotal de ceux du régime sans communauté qui n'est, en réalité, qu'une constitution de dot universelle.

Les conséquences de ce système sont nombreuses et importantes.

Ainsi, pour n'en citer que quelques-unes, le mari, par extension de l'article 1549, aura seul le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs de la dot; lors de la dissolution, il devra restituer la dot, non pas suivant le principe admis pour l'usufruit, mais bien d'après les règles du régime dotal (art. 1564 et suiv.); les fruits naturels de la dernière année du mariage se répartiront entre les époux proportionnellement au temps que le mariage aura duré pendant cette année (art. 1571); la femme aura le droit d'habitation pendant un an (art. 1570); le mari jouira pour restituer la dot, du délai d'un an de l'article 1565, etc...

A y regarder de plus près cependant, l'opinion contraire paraît préférable, et nous croyons, avec la très grande majorité des auteurs, que toutes les fois qu'on se trouvera en présence d'une hypothèse non prévue par l'un ou l'autre de nos six articles, il faudra appliquer par analogie les règles du régime de communauté (1). Cette solution nous semble commandée, et par l'ancien droit, et par l'esprit de la loi voire même par son texte. Il ne faut pas oublier en

---

(1) Pothier, n° 466 ; Troplong, IV, n° 2234 ; Marcadé, s. art. 1529 et suiv. ; Aubry et Rau, (4e édition), V, § 499, texte n° 2 et note 2, p. 220 ; Laurent XXIII, n° 413 ; Guillouard, III, n° 1655, p. 520.

effet la différence d'origine du régime exclusif de communauté et du régime dotal ; l'un est d'origine coutumière, il a été emprunté aux pays de communauté ; l'autre nous vient du droit romain par l'intermédiaire des pays de droit écrit, et à ce premier point de vue il nous semble difficile de chercher une analogie sérieuse entre deux institutions inspirées par deux traditions si différentes.

La place même qu'occupe dans notre chapitre le régime sans communauté n'est-elle pas une autre preuve que les rédacteurs ont entendu confirmer les règles établies à ce sujet dans notre ancien droit.

Quand on se trouve en présence d'un cas non spécialement prévu par un texte, on doit pour résoudre la difficulté, recourir au droit commun. Ce principe, vrai dans tous les cas, doit recevoir ici son application. Si donc, dans le silence de la loi, on veut trouver une règle pour résoudre un point douteux, c'est au régime de communauté légale, formant le droit commun de la France (art. 1393), qu'on devra l'emprunter, et nullement au régime dotal, régime tout d'exception et ayant ses règles absolument particulières.

L'article 1531 fait aussi très bien ressortir l'intention du législateur. Il nous dit en effet que « le mari *conserve* l'administration.... » ; or, comment pourrait-il conserver une chose qu'il n'avait jamais eue jusqu'au moment de la célébration du mariage. Ce mot s'explique cependant très bien si on veut se rappeler que les articles précédents viennent précisément d'accorder au mari commun cette administration. La loi a voulu dire par là que le mari sous le régime sans communauté, conservait l'administration des biens personnels de sa femme, administration qu'elle venait de lui reconnaître quelques articles plus haut (art. 1428) pour le régime de communauté.

L'article 1535 prend le soin d'indiquer que la règle principale du régime dotal, l'inaliénabilité, ne s'applique pas en matière de régime de communauté ; ce n'est donc pas pour que les règles secondaires s'y appliquent. Qu'il y ait

des règles communes aux deux régimes, ainsi que le prouve la comparaison des articles 1531, 1533, 1540, 1549 et 1562, nous le reconnaissons, mais s'il en est ainsi c'est qu'on se trouve en présence de textes formels. Raison de plus pour décider que, dans les autres cas, le droit commun doit reprendre son empire.

Enfin l'historique de la rédaction, qui d'après les partisans de la première opinion serait loin d'être opposé à leur manière de voir, nous semble au contraire absolument probant. On sait que le projet primitif du Code ne laissait pas de place au régime dotal et il est à peine utile de faire remarquer que, s'il était resté tel, on n'aurait jamais pu prétendre combler les lacunes qui existent dans le régime sans communauté, en empruntant les règles d'un régime qui n'existait pas. Qu'ensuite sur les vives réclamations du midi, on ait inséré après coup les dispositions qui forment notre chapitre III actuel, peu importe. On n'a entendu par là que donner satisfaction aux pays de droit écrit et non apporter le moindre changement à ce qui avait été décidé tout d'abord pour le régime coutumier d'exclusion de communauté. Il n'existe donc encore aujourd'hui que ce qui existait déjà à cette époque, c'est-à-dire que les règles du régime sans communauté doivent se compléter par celles du régime de communauté légale.

§ II. — De l'administration du mari.

Si, comme nous venons de le dire, le régime sans communauté diffère du régime de communauté légale en ce qu'il ne comporte pas de masse commune, il s'en rapproche cependant beaucoup au point de vue qui va nous occuper maintenant : les pouvoirs d'administration du mari sur les biens personnels de sa femme. Comme sous le régime de communauté, en effet, le mari a l'administration de tous les biens meubles et immeubles de la femme, il en a également la jouissance avec cette seule différence qu'au lieu d'en jouir en sa qualité de chef de la commu-

nauté et au nom de celle-ci, il en jouit en son propre nom, *jure mariti.* Il n'en est autrement que si une réserve expresse a été faite dans le contrat de mariage. Le mari devient propriétaire des choses *quæ primo usu consumuntur ;* mais l'article 1532 lui impose dans ce cas, l'obligation d'en joindre un état estimatif ou d'en faire inventaire lors de l'échéance. Au moment de la dissolution du mariage (ou de tout autre événement donnant lieu à restitution), il ne sera alors tenu que de rendre le prix d'après l'estimation. Il devient également propriétaire des biens estimés ou destinés à être vendus ou qui se détériorent en les gardant sauf encore à rendre, à la fin de la jouissance, soit le prix d'estimation, soit des choses de même qualité, quantité et valeur. S'il n'y a pas eu d'inventaire, la femme pourra faire la preuve de la consistance de son mobilier par tous les moyens, même par commune renommée.

Doit-on considérer comme fruits, les produits de l'industrie de la femme ou doit-on les considérer comme capitaux? C'est là une question controversée. Si ce sont des fruits, le mari les fait siens et n'a rien à rendre à la fin de sa jouissance. Au point de vue économique, l'industrie peut se comparer à un capital, mais il ne faut pas transporter ce langage en droit ; l'article 1498 le montre bien en distinguant les produits de l'industrie d'une part, des fruits et revenus, de l'autre. Il faut en conclure que les produits de l'industrie ne doivent pas être traités comme des fruits, ni par conséquent attribués au mari en sa qualité d'usufruitier. Autrement la femme serait dépouillée, au fur et à mesure, de tout ce qu'elle aurait pu gagner; et à la dissolution elle ne retrouverait plus rien. La loi du 14 juillet 1866 vient encore confirmer notre opinion. Elle attribue au conjoint survivant de l'auteur, la jouissance viagère des droits d'auteur pendant les cinquante années qui suivent la mort de celui-ci. La femme mariée sous le régime sans communauté, aura, après la mort de son mari, la jouissance viagère des droits d'auteur nés du chef de ce dernier; comment admettre

alors qu'elle serait dépouillée des droits d'auteur qui sont nés de son chef? Et c'est cependant là qu'en arrive le système contraire à celui que nous proposons.

Le mari devra donc tenir compte à la femme des produits de son industrie. Un certain tempérament doit cependant être apporté à notre règle. Ainsi une partie des sommes produites par l'industrie de la femme a pu être appliquée aux besoins du ménage; il est évident que dans ce cas et dans cette limite, le mari n'en devra aucun compte. D'autre part le mari a la jouissance des produits de l'industrie de la femme, il gagnera donc les revenus produits par les capitaux ainsi réalisés et formés par les produits mêmes de l'industrie.

L'acquisition des fruits par le mari se réalise conformément aux règles de l'usufruit; l'article 1571 n'est pas applicable par analogie. Les fruits civils seront gagnés jour par jour, et les fruits naturels par la perception (art. 585).

Les actes d'administration que le mari pourra faire seront les mêmes que ceux que nous lui avons déjà reconnus sous le régime de la communauté.

Ainsi, il pourra exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme, mais non, comme le mari dotal, les actions pétitoires; il ne pourra pas aliéner les immeubles ni même, selon nous, les meubles de sa femme; les raisons sont les mêmes que celles que nous avons indiquées pour lui refuser ce dernier droit sous le régime de communauté. Il pourra consentir des baux dans les limites fixées par les articles 1429 et 1430, et sa responsabilité pourra être engagée dans la mesure et dans les cas que nous avons examinés à propos de la communauté légale.

On admet, en général, que le mari n'est pas tenu de fournir caution (1).

---

(1) Rodière et Pont, III, n° 2071 ; Troplong, III, n° 2248 ; Aubry et Rau, V, § 531, texte et note 17, p. 515 ; Colmet de Santerre, VI, n° 204 ; Guillouard, III, n° 1659, p. 523.

Il pourra toucher les revenus de la femme et en donner quittance ; il devra veiller à la conservation des biens, empêcher toute prescription, faire les réparations d'entretien (art. 605), acquitter les contributions (art. 608), payer, en tant qu'ils échoient pendant sa jouissance, les intérêts des dettes de la femme et les arrérages des rentes perpétuelles ou viagères dont elle est débitrice.

La femme peut se réserver le droit de toucher annuellement, sur ses seules quittances, certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. Nous croyons, bien que ce point soit controversé, que les économies, réalisées par la femme sur cette partie des revenus, lui appartiendraient ainsi que les acquisitions qu'elle aurait pu faire avec ces économies. Le mari se fondant sur les termes de l'article 1534 ne saurait prétendre que, par ce fait que la femme a pu réaliser des économies, les revenus qu'elle s'était réservés dépassaient ses besoins personnels et devraient, par conséquent, lui appartenir à lui-même. « Une telle prétention, dit M. Colmet de Santerre *(loc. cit.)*, nous paraît inadmissible, parce qu'elle entraîne nécessairement la femme à dépenser follement tous les revenus réservés pour son entretien. Il est de l'intérêt de tous, de la femme, des enfants et du mari lui-même, que la femme soit portée à économiser sur ses revenus et, par conséquent, la convention des parties doit être interprétée dans le sens qui paraît le plus conforme à l'intérêt bien entendu des contractants. »

La femme pourrait même se réserver la jouissance et l'administration de certains biens ; elle aurait pu, en effet, au lieu de se soumettre au régime sans communauté, adopter le régime de séparation et conserver ainsi la jouissance et l'administration de tous ses biens ; pouvant se les réserver en totalité, elle doit, à plus forte raison, pouvoir s'en réserver une partie ; qui peut le plus, peut le moins. La loi n'aurait même pas eu besoin de s'expliquer sur la validité d'une telle clause ; si elle l'a fait, c'est que celle-ci est assez usitée sous ce régime où la

femme n'a pas, comme sous le régime de communauté, l'espérance de partager plus tard les économies faites sur les revenus de l'un ou de l'autre.

Le mari ne peut, dans le système que nous avons adopté en parlant du régime de communauté, aliéner les meubles propres de sa femme. Ici cette solution est partagée même par quelques-uns des partisans de l'opinion contraire en matière de communauté légale (1). MM. Aubry et Rau nous disent notamment : « Les raisons qui nous ont déterminé à reconnaître au mari, sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, le droit d'aliéner le mobilier que la femme s'est réservé propre, n'existant pas sous le régime exclusif de la communauté, nous croyons qu'on doit s'en tenir ici au principe qu'au propriétaire seul il appartient de disposer de sa chose. Mais il reste bien entendu que les aliénations de meubles corporels consenties par le mari au profit de tiers de bonne foi, devraient être maintenues en vertu de l'article 2279. »

Quelques auteurs, au contraire, poussant jusqu'au bout les conséquences de leur système, prétendent que, même sous notre régime, le mari aura le droit d'aliéner les meubles propres de la femme.

Nous avons ici, outre les arguments déjà exposés, une raison spéciale de décider que le mari n'a pas le droit d'aliéner le mobilier personnel de la femme ; c'est l'article 1531, d'après lequel le mari a le droit de percevoir tout le mobilier apporté en dot, ou échu pendant le mariage, sauf *la restitution qu'il en doit faire* après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice. Puisque le mari doit restituer le mobilier, il est clair qu'il ne peut l'aliéner. Et pour appuyer davantage, l'article 1532 parlant des choses qui se consomment par le premier usage, décide que le mari ne sera tenu d'en rendre que le prix d'estimation. Donc pour ces meubles, mais pour ces meubles seulement, le mari a le droit d'aliénation.

(1) Troplong, III, n° 2262 ; Aubry et Rau, V, 531, note 14, p. 514 : Laurent, XXIII, n° 422 ; Guillouard, III, n° 1658.

S'il s'agit de partager une succession échue à la femme, on appliquera l'article 818.

Le mari touchera les capitaux de la femme, poursuivra les débiteurs à l'échéance, mais il ne pourra accorder de remise.

D'après l'article 1533, le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit. Il doit donc faire inventaire, tant du mobilier qui advient à la femme pendant la durée du mariage, que de celui qu'elle avait en se mariant ; sinon la femme pourra faire la preuve de la consistance de son mobilier par tous les moyens et même par commune renommée. Quelques auteurs (1) n'imposent au mari cette obligation de faire inventaire que pour les meubles qui adviennent à la femme pendant le mariage. Mais il n'y a pas lieu, à notre avis, de distinguer. L'article 1533 soumet le mari à toutes les charges de l'usufruit ; or d'après l'article 600, l'usufruitier en entrant en jouissance doit faire dresser un inventaire, donc le mari, lui aussi, devra se soumettre à cette formalité dans tous les cas (2).

En résumé, le mari aura, sous le régime sans communauté, les mêmes droits et les mêmes devoirs que sous le régime de communauté.

Enfin, ces droits et pouvoirs du mari sur les biens personnels de la femme cessent aussi, comme sous le régime de communauté, par la mort de l'un des époux, le divorce, la séparation de biens, soit principale, soit accessoire, par l'effet d'un jugement déclarant la nullité du mariage, enfin, par l'absence déclarée de l'un ou de l'autre des conjoints. Nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit sur ces divers points, dans la première partie de cette thèse.

---

(1) Rodière et Pont, III, 2072.

(2) Troplong, III, 2248 ; Marcadé, s. art. 1529 et suiv., III ; Aubry et Rau, V, § 531, texte et note 15, p. 515 ; Guillouard, III, n° 1659, p. 523.

TITRE II

SÉPARATION DE BIENS

Ce régime, aussi rare et aussi peu usité en pratique que le précédent, est celui sous lequel chacun des époux garde, outre la propriété, la jouissance et l'administration de tous ses biens. C'est celui sous lequel les intérêts personnels des époux sont le plus séparés (ce qui explique sa rareté), et qui laisse à la femme le plus d'indépendance et de pouvoirs dans la jouissance de sa fortune. Ici encore comme dans le régime précédent, il n'y a pas de masse commune et chacun des époux conserve la propriété de ses biens. Mais, dans le régime sans communauté, le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme, tandis que dans le régime de séparation de biens, c'est la femme elle-même qui les administre et en a la jouissance, à la seule condition de contribuer aux dépenses du ménage dans la mesure indiquée, soit par le contrat de mariage, soit par la loi (art. 1537).

Nous aurons 1° à conparer la séparation de biens contractuelle à la séparation de biens judiciaire et à indiquer les différences qu'elles présentent ; 2° à voir quels peuvent être les pouvoirs d'administration du mari sur les biens de la femme ; 3° à indiquer dans quels cas la responsabilité du mari peut être engagée.

§ I. — Différences entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire.

La séparation de biens résultant du contrat de mariage, suit, en général, les règles de la séparation de biens prononcée par les tribunaux. Il existe cependant entre elles quelques légères différences qu'il nous faut signaler.

En matière de séparation de biens contractuelle, chacun des époux contribue aux dépenses du ménage conformément à ce qui a été dit à ce sujet dans le contrat de mariage ; si ce contrat ne contient aucune disposition spéciale, la femme ne doit subvenir aux besoins de la famille que jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. C'est là une disposition bien arbitraire et très difficile à justifier, mais elle est écrite en toutes lettres dans l'article 1537, on n'a donc qu'à s'y conformer. On admet cependant que si les ressources du ménage, ainsi composées, étaient insuffisantes, la femme devrait, malgré le texte, contribuer pour une part plus grande (1). Si le mari n'avait aucune fortune personnelle la femme pourrait même être tenue de supporter seule les charges du mariage. Au reste, les époux peuvent faire à ce sujet dans leur contrat de mariage telle convention qu'il leur plaît. C'est ainsi que la Cour de Metz, par un arrêt du 17 août 1858 (*Sir.*, 59, 2, 49), a reconnu que les époux pouvaient valablement convenir de mettre à la charge exclusive de l'un d'eux, le mari par exemple, les dépenses d'entretien du ménage, à condition toutefois que les ressources du mari seraient suffisantes pour y faire face. « En effet, dit fort justement M. Guillouard (III, 1680), si les revenus du mari étaient insuffisants, il serait contraire à l'ordre public de stipuler que la femme ne subviendra pas aux dépenses du ménage, et que le mari et les enfants vivront dans la misère, à côté de la fortune ou du moins de l'aisance dont jouirait la femme. »

En matière de séparation de biens judiciaire, la règle est bien plus juste. Les époux supportent les charges du mariage au prorata de leurs fortunes respectives.

En second lieu, il résulte de la dénomination même de ces deux séparations, que la séparation contractuelle est une mesure préventive, elle naît au moment même du mariage ; au contraire, la séparation de biens judiciaire est

(1) Cass., 2 juillet, 1851 ; Sir., 51, 1, 509.

une mesure répressive contre la mauvaise administration du mari, elle n'est prononcée par les tribunaux que pendant la durée du mariage.

En vertu du principe général posé par l'article 1395 la séparation de biens, une fois adoptée par les époux comme régime dotal, ne peut pas être modifiée. Ainsi deux époux mariés sous ce régime, ne pourraient pas l'abandonner dans la suite pour en adopter un autre, déclarer, par exemple, vouloir se soumettre désormais au régime de communauté.

La séparation de biens judiciaire qui ne fait elle-même que remplacer déjà un régime antérieur, peut-être suivie d'un rétablissement du régime primitif.

Enfin une nouvelle différence peut encore se présenter dans certains cas. Qu'il s'agisse de séparation de biens contractuelle ou judiciaire, la femme doit en principe verser entre les mains du mari sa part contributive dans les frais du ménage et d'éducation des enfants communs. Mais en matière de séparation de biens judiciaire, les tribunaux peuvent accorder à la femme le droit de payer elle-même et directement les fournisseurs, ce qui ne peut pas se faire dans la séparation de biens contractuelle. C'est cette différence qui fait admettre que la femme, même quand elle est mariée sous notre régime, peut encore demander à la justice de prononcer la séparation. Elle y trouvera un avantage et une sécurité. Le mari pourrait en effet dissiper l'argent qu'elle lui fournit pour subvenir aux charges du ménage ou le détourner de sa destination ; si elle obtient la séparation judiciaire, elle pourra être, comme nous venons de le voir, dispensée de verser sa part contributive entre les mains du mari, et avoir ainsi le droit de régler directement les créanciers du ménage, jusqu'à concurrence de ce qu'elle est tenue de payer. En outre le contrat de mariage peut avoir donné au mari, soit la jouissance, soit l'administration, soit l'une et l'autre à la fois, de certains des biens de la femme : le jugement rendra alors à celle-ci cette jouissance et cette administration.

A part ces quelques différences que nous venons de signaler, il faut étendre à la séparation de biens contractuelle les règles posées pour la séparation de biens judiciaire par les articles 1443 et suivants. Ce point est aujourd'hui hors de doute : il est reconnu par l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence. Tout ce que nous dirons de l'une devra donc également s'appliquer à l'autre.

§ II. — De certains cas exceptionnels où le mari administrera les biens personnels de la femme.

En règle générale la femme conserve, en matière de séparation, l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus (art. 1536). Il ne rentre pas dans le cadre de cette étude d'examiner comment ces droits de jouissance et d'administration seront exercés par la femme elle-même. Il nous suffira de constater qu'en présence des dispositions de l'article 1536 le mari n'aura en principe aucun pouvoir d'administration sur les biens de sa femme. Cette dernière règle comporte néanmoins plusieurs exceptions dans le détail desquelles il nous faut maintenant entrer.

1° *Le mari administre en vertu d'un mandat exprès de la femme.* — L'article 1536 ayant été écrit tout entier dans l'intérêt de la femme, il est d'abord de toute évidence qu'elle peut y renoncer et donner au mari la jouissance et l'administration ou l'une des deux seulement, soit d'une partie, soit même de la généralité de ses biens. Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, on se trouvera alors en présence d'un régime se rapprochant beaucoup plus du régime sans communauté, que du régime de réparation de biens. Il y aura cependant encore un intérêt à ne pas confondre ces deux régimes. La femme peut en effet donner un tel mandat à son mari par une clause du contrat de mariage lui-même et alors ce sera réellement le régime

sans communauté sauf le nom ; mais elle peut aussi le lui donner par un acte postérieur et dans ce cas, le mandat étant révocable à sa volonté (art. 2004), elle pourra le faire cesser et reprendre la jouissance et l'administration antérieurement confiées au mari, quand bon lui semblera sans avoir besoin de recourir, comme dans le cas précédent, à la mesure toujours fâcheuse et regrettable de la séparation de biens. De plus si l'on admettait que, la femme confiant ainsi au mari la jouissance et l'admistration de ses biens, on retombait nécessairement sous le régime sans communauté, il y aurait là un changement aux conventions matrimoniales, changement formellement interdit par l'article 1395.

On devra, quand la femme a ainsi donné un mandat exprès à son mari, soit par le contrat de mariage, soit par un acte postérieur et séparé, se conformer aux dispositions contenues dans l'acte constitutif de mandat; ou dans le silence de la convention, s'en rapporter aux règles ordinaires du mandat. Ainsi, et comme l'écrit pour un cas analogue l'article 1577, à propos des biens paraphermaux que le mari a reçus de la femme, mandat exprès d'administrer, celui-ci devra, comme tout mandataire, rendre compte de tous les fruits par lui perçus. Seulement il sera autorisé à retenir sur ces revenus une somme égale au montant de la part que la femme de son côté, doit lui fournir pour les dépenses du ménage (1).

Ce n'est d'ailleurs pas le seul emprunt que nous ferons au régime dotal ; car bien qu'il ne faille pas en principe étendre à un autre régime les règles spéciales du régime dotal, les solutions données pour certains cas particuliers par les articles 1576 et suivants, doivent s'appliquer, au moins par analogie, aux hypothèses semblables qui peuvent se présenter en matière de séparation de biens. Les dispositions de ces textes ne sont pas en effet particulières au régime dotal ; elles sont conformes aux principes géné-

(1) Metz, 17 août 1858 ; Sir., 59, 2, 49.

raux de notre droit, et, quand bien même ces articles n'existeraient pas, les solutions qu'ils indiquent n'en devraient pas moins être suivies; le simple bon sens juridique les appelle et les justifie.

2° *Le mari administre sans mandat mais aussi sans opposition de la part de la femme.* — Ici nous n'avons pas besoin de recourir à l'hypothèse analogue de l'article 1578, notre cas est prévu et réglé par un texte spécial du régime de séparation de biens, l'article 1539, qui donne du reste, dans les termes suivants, la même solution que l'article 1578 : « Lorsque la femme séparée a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existants et il n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. » On présume que les fruits qui ont été consommés ont servi à l'entretien de la famille.

Voici en quels termes M. Laurent (XXIII, n° 452) donne le motif de cette disposition : « Cette interprétation que la loi donne à l'accord tacite des époux, n'est pas en harmonie avec les principes généraux du mandat, mais elle est certainement conforme aux rapports intimes que le mariage crée entre les époux. Quoique séparé d'intérêts en vertu du contrat de mariage, cette séparation est si contraire à la nature des choses que, d'ordinaire, elle restera à l'état de fiction légale ; la femme unie de cœur avec son mari, lui abandonne le soin de ses intérêts ainsi que la jouissance de ses biens. Il fera donc les fruits siens. »

3° *Le mari administre sans mandat et malgré l'opposition de la femme.* — Il doit alors compte à la femme de tous les fruits, tant existants que consommés (art. 1579), déduction faite cependant de la somme que la femme doit fournir annuellement pour subvenir aux besoins de la maison. Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que l'opposition de la femme soit constatée par un acte d'huissier. Nous verrons en étudiant l'article 1579 que ces mots *opposition constatée*, ont un sens très large et que tout écrit quel-

conque faisant ressortir la résistance de la femme à l'administration de ses biens par le mari, suffirait. Il en serait de même, croyons-nous, bien que cela soit contesté, d'une correspondance ou même de l'aveu du mari.

Dans le cas où le mari administre sans mandat exprès mais aussi sans opposition de la part de la femme les biens de celle-ci ; dans le cas où, pour employer les termes mêmes de la loi, la femme a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci avons-nous dit, n'est tenu de rendre que les fruits existants et non ceux qui ont été consommés. Mais il pourrait arriver que, et ce fait se présente souvent dans la pratique, après avoir fourni largement tant aux besoins du ménage qu'à ceux de la femme elle-même, le mari ait fait des économies avec le surplus non employé des revenus, et qu'il les ait employées, soit en achat de rentes quelconque, soit en toutes autres acquisitions. Quel sera alors le sort d'une telle acquisition ; devra-t-on dire que les fruits ainsi employés par le mari ont été consommés, dans le sens où la loi entend ce mot, ou faudra-t-il, au contraire, les considérer comme encore existants ? En d'autres termes les biens ainsi acquis appartiendront-ils au mari ou à la femme ? La question a été portée à diverses reprises devant les tribunaux, et la Cour de cassation par un arrêt du 17 janvier 1860 (Dall., 60, 1, 66) l'a résolue, avec raison selon nous, dans le premier sens, en se basant sur ce que la solution contraire pourrait donner lieu à des recherches blessantes pour le mari. On peut ajouter que, en fait et dans la grande majorité des cas, il serait extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de démêler si telle acquisition a été faite par le mari avec les économies par lui réalisées sur les fruits des biens de la femme, ou si elle l'a été, soit avec celles qu'il a pu faire sur ses propres revenus, soit avec ses revenus personnels eux-mêmes. On ne pourrait pas, comme le prétendaient les demandeurs dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité, admettre que « les économies devraient être réparties entre le mari et la femme propor-

tionnellement à l'importance de leurs revenus respectifs ». Ce serait créer entre les époux une sorte de communauté d'acquêts qu'aucun texte n'autorise ; et cette solution doit être repoussée par ce seul fait qu'il s'agit précisément d'un régime exclusif de l'idée même de communauté. De plus quand la femme a laissé au mari la jouissance de ses biens, elle la lui a laissée sans conditions ; le mari peut donc faire des revenus tel usage qu'il lui plaît, il pouvait les dépenser et s'il a fait des économies, il n'en doit pas compte à la femme (1).

§ III. — De la responsabilité du mari.

D'après ce qui précède et sauf les cas exceptionnels que nous venons d'indiquer, il semblerait que le mari fût complètement désintéressé de toute administration et de toute jouissance des biens de sa femme, qu'il y restât absolument étranger. Il ne faudrait cependant pas pousser les choses jusque-là ; car si le mari n'est pas administrateur, il est toujours le chef de l'association conjugale, il est appelé à compléter la capacité de la femme en donnant son autorisation, et même sa responsabilité personnelle peut être engagée à propos de certains actes. C'est ainsi que, d'après l'article 1450, il est garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné avec l'autorisation de justice s'il a concouru au contrat, ou s'il est prouvé que les deniers ont été reçus par lui ou ont tourné à son profit, enfin si la vente a été faite en sa présence et de son consentement.

Sous le régime de la communauté, quand un immeuble propre de la femme est aliéné, le prix tombe dans la masse commune, à moins qu'il n'en soit fait emploi ; mais, du

---

(1) Laurent, XXIII, n° 453 ; Guillouard, III, n° 1685. — Cass., 17 janv. 1860 ; Dall, 1860, 1, 66.

moment qu'il y a séparation de biens, c'est la femme elle-même qui touche le prix. Les époux ont pu dans le contrat de mariage convenir que si un immeuble de la femme était vendu, il en serait fait remploi ; et le mari, soit en vertu d'un mandat à lui donné à cet effet par la femme, soit en fait, a reçu le prix de vente. L'article 1450 règle cette situation.

Une première hypothèse peut se rencontrer qui serait tout à fait en dehors des termes de cet article. La vente n'a été faite ni en la présence ni du consentement du mari ; ou bien elle a été faite avec autorisation de justice, mais le mari n'a, ni concouru au contrat, ni touché les deniers, et ceux-ci n'ont pas non plus tourné à son profit ; il est évident qu'en de telles circonstances, il ne saurait être déclaré responsable du défaut d'emploi. On ne peut pas ainsi étendre un texte qui apporte une exception au droit commun, à un cas que ce texte lui-même exclut de sa disposition par l'énumération limitative qu'il donne. Si donc la femme ne fait pas le remploi nécessaire, si elle dissipe le prix, elle ne pourra exercer aucun recours contre son mari.

En laissant de côté cette hypothèse qui n'offre aucune difficulté nous avons à examiner avec l'article 1450 les deux cas où la vente a été faite par la femme : 1° avec l'autorisation de justice et 2° avec l'autorisation du mari.

I. — *La vente a été faite par la femme autorisée de justice.* — En principe le mari n'est pas garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble aliéné par sa femme avec l'autorisation de justice. Le mari qui a précisément, par hypothèse, refusé de donner son autorisation, ne devrait, semble-t-il, pouvoir être responsable en aucune façon du défaut d'emploi du prix de cet immeuble aliéné. Il a eu soin, en effet, de se tenir à l'écart, de rester tout à fait étranger à la vente ; comment donc pourrait-il se trouver mêlé aux effets d'une cause dans laquelle il n'est pour rien. Il est à remarquer d'abord que, même en cas de séparation de biens judiciaire, le

mariage n'est pas dissous, que le mari garde toute son autorité sur la femme, qu'il exerce encore sur elle une grande influence et qu'il a pu, usant de cette influence, détourner la somme et se l'approprier, ou du moins empêcher la femme d'acquérir un autre bien en remplacement. En outre, bien que n'étant pas administrateur, on peut dire que sa qualité de chef du ménage lui impose le devoir de surveiller autant que possible les actes d'administration accomplis par la femme, et de veiller en bon père de famille à la conservation du patrimoine (1).

En l'absence de tout texte, ces raisons auraient peut-être déjà pu suffire pour faire déclarer le mari responsable dans le cas qui nous occupe. Mais il y a mieux. L'article 1450 édicte en termes précis cette responsabilité dans deux cas où la loi présume que le prix de vente a été touché par le mari, savoir : 1° Quand après avoir refusé son autorisation, il a néanmoins concouru au contrat et 2° quand il est prouvé que les deniers provenant de la vente ont été reçus par lui ou ont tourné à son profit.

1° Voyons d'abord le cas où il a concouru au contrat. La femme veut aliéner un de ses immeubles, elle demande l'autorisation du mari, puis, sur le refus de celui-ci, elle s'adresse aux tribunaux et avec leur autorisation vend l'immeuble. Dans l'intervalle, le mari se ravise, et sans donner son autorisation dont la femme n'a plus que faire, puisqu'elle a obtenu celle de justice, il concourt au contrat. Ce fait suffit-il pour qu'il soit responsable du défaut d'emploi du prix de cette vente ? En présence de la première phrase de notre article, l'affirmative est certaine et n'est, d'ailleurs, contestée par personne. Mais, au moins, disent quelques auteurs (2), la loi n'établit là qu'une simple présomption, susceptible d'être combattue et renversée par une preuve contraire ; elle décide que si le mari a con-

---

(1) Cass., 25 avril 1882, Dall., 82, 1, 371.
(2) Marcadé, s. art. 1450 et note, p. 585-586.

couru au contrat, il est fort présumable que c'est lui qui touchera le prix, qu'il usera de son influence sur sa femme pour se faire attribuer le produit de la vente; de là, sa responsabilité. Mais s'il peut prouver que le tiers acquéreur a bien réellement payé son prix entre les mains de la femme, le motif qui faisait édicter sa responsabilité, quand l'incertitude était permise, n'existe plus; il devra donc en être déchargé. C'est ainsi, prétendent ces auteurs, que si le prix n'est pas payé au moment même de la passation du contrat, le concours du mari à ce contrat importera peu, et il faudra se reporter au moment où le prix sera effectivement payé, aux termes de la quittance. Si le mari peut prouver que les fonds ont été remis à la femme en personne, il serait par trop dur et trop peu équitable de le rendre responsable du défaut d'emploi. La loi n'a pas pu vouloir une telle injustice. C'est la femme, pleine propriétaire, qui a reçu les deniers, c'est elle qui doit acquérir un autre immeuble en remploi; si elle ne le fait pas, elle ne pourra pas rendre le mari responsable de sa négligence et, peut-être même, de sa mauvaise foi.

Nous verrons dans l'hypothèse suivante où la même controverse se reproduit, que le point de départ de ce système nous semble faux. En tout cas, il aboutit en somme à exiger tout à la fois que le mari, pour être responsable, ait concouru au contrat et qu'il ait touché les deniers, c'est-à-dire que les deux cas envisagés et distingués par le premier alinéa de l'article 1450 n'en formeraient plus qu'un seul. Un tel résultat aussi contraire à l'esprit et surtout au texte de la loi suffit pour faire condamner cette première opinion.

2° Le mari a refusé son autorisation et n'a pas concouru au contrat, mais il est prouvé que les deniers ont été reçus par lui, ou, ce qui revient au même, qu'ils ont tourné à son profit. Il était tout naturel, en pareille circonstance, de le déclarer responsable du défaut d'emploi. Cette preuve peut être faite par témoins et même à l'aide de simples présomptions, car la dépendance dans laquelle la femme

se trouve vis-à-vis du mari l'empêche moralement d'exiger de celui-ci une quittance (1).

II. — *La vente a été faite par la femme avec l'autorisation du mari.* — Celui-ci est alors responsable du défaut d'emploi ou de remploi par ce fait seul que la vente a été faite de son consentement. Mais ce consentement suffit-il, à lui seul, pour engager sa responsabilité, ne faut-il pas encore quelque chose de plus, sa présence à l'acte?

Quelques auteurs l'ont soutenu en se fondant sur les termes du deuxième alinéa de l'article 1450 (2). Pour eux, il n'est pas suffisant que le mari consente à la vente, il faut en outre et en même temps qu'il soit présent à cette vente. La construction grammaticale du texte, disent ces auteurs, commande une telle solution. La loi ne se contente pas, en effet, de dire que le mari est responsable du défaut d'emploi ou de remploi dans deux circonstances, d'après deux causes différentes, l'une, quand la vente a été faite avec son consentement et l'autre, quand elle a eu lieu en sa présence. Elle exige que la vente soit faite en sa présence *et* (non pas *ou*) de son consentement. N'est-ce pas dire de la façon la plus claire qu'il faut à la fois les deux choses, la présence et le consentement. En face d'un texte aussi formel, il est donc impossible d'admettre que le simple consentement suffise pour faire déclarer le mari responsable. Quand la loi n'exige qu'une seule de ces conditions, elle le dit d'une façon non moins nette. C'est ainsi que, s'occupant des conditions moyennant lesquelles la femme, même non commune, ou séparée de biens, peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, elle décide qu'elle ne le pourra sans le concours du mari dans l'acte, *ou* sans son consentement par écrit (art. 217). Cette différence de rédaction entre les deux arti-

---

(1) Rodière et Pont, III, n° 2212; Aubry et Rau, V, § 516, note 74, p. 407; Dalloz, Cont. de mariage, n° 2041.

(2) Marcadé, s. art. 1450, p. 585 et 586; Laurent, XXII, n° 329 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, III, n° 181, p. 121.

cles fait bien ressortir que si, dans le dernier, l'une ou l'autre des deux conditions est suffisante, il faut dans le premier, leur coexistence.

Reprenant l'argument que nous avons déjà rencontré à propos de la première hypothèse, et partant du même principe, ces auteurs montrent que la responsabilité du mari ayant pour base la présomption qu'il a reçu les deniers ou qu'il en a profité, nécessite encore, outre son consentement, sa présence à l'acte. Si, en effet, il n'est pas présent, on ne pourra plus dire qu'il est présumé avoir touché lui-même le prix ; le seul fait qu'il a consenti à la vente ne permet pas de faire une semblable supposition. Enfin il est de principe que celui qui ne fait que donner son autorisation ne s'oblige pas : *Qui auctor est, se non obligat.*

Pour toutes ces raisons le mari ne sera donc responsable, en vertu du deuxième alinéa de l'article 1450, que s'il a été tout à la fois consentant et présent à la vente.

Avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, nous pensons que l'opinion contraire est préférable sous tous les rapports (1).

Pour ce qui est de l'argument de texte invoqué dans l'opinion adverse, il ne nous paraît pas bien concluant. Nous croyons, en effet, que les rédacteurs du Code n'ont eu en vue qu'une chose : le consentement du mari ; seulement ils ont indiqué, comme ils l'ont fait dans l'article 217, les deux manières différentes dont le mari peut donner ce consentement. D'abord le mode normal, ordinaire, qui ne demande aucune explication, c'est-à-dire le consentement exprès, puis un autre mode qui résulte de la présence du mari à l'acte et constitue l'autorisation tacite. Que l'autorisation soit expresse ou tacite, peu importe, pourvu qu'elle existe, les effets produits seront toujours les mêmes. On ne peut raisonnablement exiger que l'autorisation expresse,

---

(1) Rodière et Pont, III, nº 2207 ; Troplong, II, nº 1447 ; Aubry et Rau, V, § 516, notes 72 et 73, p. 407 ; Colmet de Santerre, VI, nº 102 *bis*, III, p. 263. — Cass., 1er mai 1848, Dall., 48, 1, 220.

le consentement ne suffise pas et qu'il faille de plus une autorisation tacite. A quoi servirait alors cette dernière? Le système contraire aboutit donc à ce résultat incompréhensible : exiger à la fois, pour mettre en jeu la responsabilité du mari, et son consentement exprès et son consentement tacite. Une telle conséquence parle assez haut d'elle-même. « La phrase du texte, dit M. Colmet de Santerre, avec une certaine incorrection grammaticale dont le Code n'est pas toujours exempt, a donc dû être écrite comme équivalente à celle-ci. Le mari est responsable quand la vente a été faite en sa présence et quand la vente a été faite de son consentement bien qu'en son absence. »

La nécessité de la présence du mari à l'acte, outre son consentement, s'explique fort bien, dit-on, par cette simple raison que le mari aura beau donner son consentement; s'il n'est pas présent à la vente on ne pourra plus présumer qu'il est responsable, puisque toute sa responsabilité repose sur ce fait seul que le paiement est censé, ou légalement établi, avoir été reçu par lui. Nous ne nions pas que cette circonstance ait pu influer sur l'esprit du législateur; cela est tellement vrai qu'on la retrouve écrite en toutes lettres dans la deuxième phrase du premier alinéa. Mais de là à décider, comme le font nos adversaires, qu'elle est le seul motif de notre article, il y a, nous semble-t-il, un abîme. La séparation de biens ne dissout pas le mariage, la puissance maritale subsiste dans son intégralité, et c'est précisément celle-ci qui, en imposant au mari l'obligation de veiller en bon père de famille à la conservation des biens de la femme et aux actes d'administration qu'elle peut faire sur ses biens, a motivé notre disposition. Ce n'est donc pas seulement parce qu'il aura touché le prix ou qu'il sera à présumer qu'il l'a touché, que le mari sera responsable du défaut d'emploi, mais encore et principalement parce qu'en ne s'occupant pas de l'usage que fait la femme de la somme produite par la vente, en ne veillant pas à ce qu'elle en fasse emploi, il manque à

l'obligation qui lui est imposée par son titre de chef du ménage.

Peu importe alors que le prix soit payé comptant, que le mari prouve, pour prétendre décliner toute responsabilité, que le tiers acquéreur a versé les fonds à la femme elle-même ; s'il n'a pas surveillé l'emploi, il n'en aura pas moins manqué à ses devoirs, et partant il sera responsable.

Telle était déjà la théorie qui avait prévalu dans notre ancien Droit.

« Ces raisons sont que, sans cela, la séparation serait une voie à un mari pour s'approprier tout le bien de sa femme, par l'abus qu'il pourrait faire de la puissance qu'il a sur sa femme, pour la porter à vendre ses fonds et à lui en faire passer le prix de la main à la main, sans qu'il en parût rien. Il n'y a pas d'autre moyen de remédier à cet inconvénient, que celui d'obliger le mari à faire l'emploi dont on vient de parler. On ne fait en cela, aucun grief au mari, au pouvoir duquel il est, ou de ne pas autoriser sa femme à vendre ses héritages, ou, lorsqu'il l'y autorise, de tenir arrêté, chez le notaire, le prix, jusqu'à ce qu'on ait trouvé à en faire emploi. Lorsque les deniers ne se trouvent plus, sans qu'il en ait été fait emploi, le mari est légitimement suspect de se les être appropriés, et il doit, en conséquence, en être responsable. Il ne doit pas être écouté à dire que c'est la femme qui a touché les deniers et qui en a disposé comme bon lui a semblé ; car il était en son pouvoir de les tenir arrêtés, et de ne pas les lui laisser toucher. Faute de l'avoir fait, il en est responsable, non seulement comme légitimement suspect de se les être appropriés, mais encore par une autre raison qui est que la séparation ne donnant à la femme que le droit d'administrer ses biens et d'en recevoir les revenus, la femme séparée demeure, quant à sa personne et quant à la disposition de ses fonds, sous la puissance et le gouvernement de son mari : or, c'est une suite de ce gouvernement, qu'a le mari, qu'il soit tenu de veiller à la conservation des

fonds de sa femme, et à faire un emploi du prix lorsqu'ils sont aliénés.» (1)

Pour mettre sa responsabilité à couvert, le mari peut du reste, et il sera toujours très prudent pour lui d'agir ainsi, former opposition entre les mains du tiers acquéreur, ou, ce qui sera encore plus sûr, subordonner son autorisation à la condition d'un emploi déterminé, emploi qui sera obligatoire pour le tiers acquéreur (2).

Si, dans les cas que nous venons d'examiner, le mari est responsable du défaut d'emploi ou de remploi, il ne l'est jamais de l'utilité de cet emploi (art. 1450 *in fine*). La femme a la libre administration de ses biens, elle les gère comme il lui plaît et place ses capitaux comme elle l'entend. Si elle vend un de ses immeubles dont l'aliénation n'était permise par le contrat de mariage qu'à charge de remploi, puisqu'elle achète un autre immeuble en remplacement, ou qu'elle place la somme produite par cette vente en rentes sur l'Etat, la mission du mari est terminée. Tout ce qu'impose à ce dernier sa qualité de chef du ménage, c'est de veiller à ce que le remploi soit réellement effectué, mais rien de plus. Du moment que la femme a fait le remploi, la responsabilité du mari ne peut plus être engagée ; peu importe d'ailleurs pour lui que l'emploi devienne par la suite très mauvais, il n'est pas responsable de l'utilité de l'emploi.

Il faudrait cependant admettre une exception à cette règle dans le cas où ce serait le mari lui-même qui aurait fait l'emploi sans le concours de la femme ou sans mandat de sa part. « En se conduisant ainsi le mari a agi à ses risques et périls et il est responsable, non pas en sa qualité de mari, mais en vertu des principes de la gestion d'affaires ».

Il en serait encore de même si le mari avait conseillé à la femme de faire un emploi qu'il savait pertinemment

---

(1) Pothier, Comm., nº 605.
(2) Aubry et Rau, V, § 516, texte et note 76, p. 407-408.

être mauvais et dont il espérait pouvoir tirer un profit personnel, ou encore si l'acquéreur était déjà insolvable lors de la vente, car le mari aurait commis une faute en autorisant la vente à un tel acquéreur.

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici, avec notre article, que du cas d'aliénation d'immeubles personnels de la femme. Si dans les mêmes circonstances, celle-ci aliénait un de ses meubles, le mari serait-il encore responsable du défaut d'emploi ou de remploi ; en d'autres termes l'article 1450 s'applique-t-il aux meubles ?

La solution de cette question dépend du parti que l'on prend sur le point de savoir si la femme peut aliéner sans autorisation ses propres mobiliers. Si elle a ce pouvoir, il est évident que le mari ne pourra jamais être responsable. L'examen de cette proposition rentre dans l'étude des pouvoirs de la femme sur ses biens, nous n'avons donc pas à nous en occuper ici. Qu'il nous suffise de décider, avec la jurisprudence et bon nombre d'auteurs, que la femme ne peut aliéner seule ses meubles que dans la mesure d'une simple administration, dans les limites où le mari lui-même le peut lorsqu'il est chargé de l'administration des biens personnels de sa femme. Pour toutes les autres aliénations dépassant ces limites elle devra être autorisée conformément aux règles du droit commun (1).

Les motifs qui ont fait admettre la responsabilité du mari en cas d'aliénation d'immeubles sont exactement les mêmes quand il s'agit de l'aliénation de meubles ; on devra donc appliquer l'article 1450. Du moment qu'il est admis que le mari doit donner son autorisation en matière de vente mobilière, il doit être responsable du défaut d'emploi ou de remploi tout comme s'il s'agissait de l'aliénation d'un immeuble. Cette extension de l'article 1450 a

---

(1) Troplong, II, nos 1417-1419 ; Demolombe, IV, no 155 ; Marcadé, s. art. 1449, III. —Nancy, 24 juin 1854, Sir., 54, 2, 550 ; Paris, 27 novembre 1857, Dall., 57, 2, 209 ; Cass., 30 décembre 1862, Dall., 63, 1, 41 ; Douai, 12 décembre 1872, Sir., 73, 2, 139.

été consacrée par un arrêt récent de la Cour de Cassation (25 avril 1882, *Sir.*, 82, 1, 441).

Le silence de l'article 1450 à l'égard des meubles s'explique par cette observation dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, que les meubles ne constituaient au moment de la rédaction du Code, qu'une partie bien minime de la fortune. Ici encore, *lex statuit de eo quod plerumque fit.*

L'article 1450 qui a surtout été écrit en vue de la séparation de biens judiciaire s'applique sans aucune difficulté à la séparation de biens contractuelle (1). Le motif de cette disposition est, avons-nous dit, la crainte de l'influence que peut exercer le mari sur sa femme. Si cela est vrai de la séparation de biens judiciaire, est-ce vrai *a fortiori* de la séparation de biens contractuelle sous l'empire de laquelle la femme n'a pas, vis-à-vis du mari, les mêmes sujets de défiance que ceux qu'elle pourrait avoir quand la séparation a été prononcée sur sa demande par les tribunaux.

Cet article doit il aussi être étendu aux biens paraphernaux ? C'est une question que nous examinerons à propos du régime dotal à l'étude duquel nous arrivons maintenant.

---

(1) Cass., 13 novembre 1861, Sir., 62, 1, 741.

TITRE III

RÉGIME DOTAL

Généralités.

Le dernier régime dont il nous reste à parler est le régime dotal qui, comme les deux régimes précédents, exclut toute communauté entre les époux et laisse à la femme la propriété de tous ses biens. Ce qui caractérise ce régime, c'est que les propres de la femme se divisent en deux catégories bien distinctes. Les uns, comme dans le régime de séparation de biens, restent soumis à sa propre administration : ce sont les biens extra-dotaux ou paraphernaux ; les autres, comme dans les régimes de communauté et sans communauté, sont au contraire soumis à l'administration du mari, celui-ci en ayant également la jouissance, ce sont les biens dotaux.

Le mari a donc la jouissance et l'administration de la dot apportée par la femme, il en fait les fruits siens. La femme est protégée par l'inaliénabilité des immeubles dotaux, inaliénabilité qui d'après la jurisprudence s'étendrait à la dot mobilière.

Le caractère distinctif du régime dotal n'est pas l'existence de la dot ; il y a une dot sous tous les régimes, l'article 1540 le rappelle. Ce qui le caractérise tout particulièrement ce sont les règles relatives à cette dot.

Si le mot dot signifie toujours les objets que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, il n'en est pas de même de l'expression *biens dotaux*. On n'entend plus par là désigner les biens que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (car

dans ce sens les biens paraphernaux eux-mêmes seraient dotaux tout comme il y a une dot sous le régime de séparation de biens), mais, précisément par opposition aux paraphernaux, les biens que la femme s'est constitués en dot, en les déclarant dotaux, c'est-à-dire inaliénables et imprescriptibles, et ces biens seulement.

La loi voit le régime dotal avec une certaine défaveur, aussi décide-t-elle qu'il doit être établi par une stipulation expresse. La nécessité d'une telle stipulation se conçoit d'ailleurs fort bien. D'un côté en effet le régime dotal n'est pas, en France, le régime de droit commun et d'un autre côté, si la clause qui le stipule était assez obscure, assez ambiguë pour que les tiers qui contracteraient avec les époux, pussent croire que ceux-ci étaient mariés sous un autre régime, ou tout au moins que tel ou tel bien déterminé n'était pas dotal, ils pourraient souffrir de graves préjudices. En outre, ce régime porte une atteinte grave au principe de la libre circulation de biens.

Le régime dotal doit donc être expressément stipulé. L'article 1392 fait une application de cette idée en décidant que : « la simple stipulation que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard ».

Ce n'est pas à dire que la stipulation doive être conçue en termes sacramentels ; il suffit, mais il faut, que la clause ne laisse subsister aucun doute. Si par exemple la femme déclarait qu'elle se constitue certains biens en dot, et que ces biens seront inaliénables cela suffirait ; il en serait encore de même si les époux déclaraient que tels biens seront dotaux et tels autres paraphernaux. Ce point est cependant controversé.

Les droits et les pouvoirs du mari sur les biens personnels de la femme étant bien différents suivant qu'ils s'exercent sur les biens dotaux ou sur les biens parapher-

naux, il nous faut voir aussi brièvement que possible quels biens sont dotaux et quels autres paraphernaux.

I. — Quels biens sont dotaux ?

Sous les régimes exclusifs de communauté tous les biens apportés par la femme sont dotaux, à moins d'une clause contraire. Sous le régime dotal, pour qu'un bien soit dotal il faut une clause expresse (art. 1392 et 1541).

Un bien peut en principe être dotal de deux manières : 1° si la femme se l'est constitué en dot ; 2° s'il lui a été donné par contrat de mariage.

1° Sont dotaux : les biens que la femme s'est expressément constitués en dot. Il peut donc se faire que tous les biens de la femme soient paraphernaux (1). C'est là une hypothèse extrêmement rare, mais dont on peut cependant trouver des exemples.

Ainsi la femme ne s'est rien constitué en dot, et en même temps elle n'a rien reçu par contrat de mariage, ou elle a déclaré que tous ses biens seraient paraphernaux. Un tel régime n'aurait d'ailleurs de dotal que le nom, ce serait sous une autre dénomination le régime de séparation de biens.

A l'inverse il peut arriver que tous les biens de la femme soient dotaux. C'est ce qui arrive notamment lorsque la femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir et qu'elle n'acquiert pendant le mariage que des biens à venir proprement dits, c'est-à-dire des biens qu'elle acquiert à titre gratuit et sur lesquels elle n'avait aucun droit au moment du contrat de mariage.

La constitution de biens présents et à venir est à titre universel, elle n'a donc lieu que déduction faite des dettes qui grèvent ces biens, en vertu du principe : *Non sunt bona nisi ære alieno deducto ;* et le mari devra subir, même sur sa jouissance, les droits des créanciers. Il n'en

est plus de même si la constitution de dot a eu lieu à titre particulier.

2° Sont aussi dotaux : les biens donnés à la femme par contrat de mariage. Cette solution repose sur la volonté présumée du donateur. Il reste par conséquent entendu que celui-ci pourrait parfaitement décider que les biens par lui donnés seront paraphernaux. La seule condition est qu'ils soient donnés par contrat de mariage. Des biens donnés par exemple en faveur du mariage, mais autrement que par le contrat de mariage seraient paraphernaux. Peu importera que les biens soient donnés par un tiers ou par le mari (1).

Nous ne pouvons examiner ici tous les cas où l'on se demande si tel ou tel bien est dotal ou non. Qu'il nous suffise de poser la règle générale d'après laquelle, le régime dotal étant une exception vue avec défaveur, et l'inaliénabilité étant contraire aux principes généraux de notre droit, toutes les fois qu'il y aura un doute quelconque ce doute devra s'interpréter contre la dotalité, pour la paraphernalité.

II. — Quels biens sont paraphernaux ?

Tous les autres biens sont paraphernaux (art. 1574). Cette restriction s'explique par les pouvoirs exceptionnels du mari sur les biens dotaux et par les garanties considérables accordées à la femme.

Notre titre se divise naturellement en deux chapitres. Dans l'un nous verrons quels sont les droits et pouvoirs du mari sur les biens dotaux ; dans l'autre, quels sont ces mêmes droits et ces mêmes pouvoirs sur les biens paraphernaux.

---

(1) Rodière et Pont III, 1647. Baudry-Lacantarie III n° 338 p. 217. — Bordeaux, 30 avril 1850, Sirey 1851, 2, 65. *Contrà* : Marcadé, s. art. 1540-1541. Aubry et Rau, § 533 *bis*, p. 530, texte et notes 11 et 12 ; Guillouard IV n° 1714, p. 25 texte et note 1.

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS ET DES POUVOIRS DU MARI SUR LES BIENS DOTAUX

L'étendue des droits du mari est déterminée par l'article 1549, dans les termes suivants : « Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. — Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et les détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts et de recevoir le remboursement des capitaux ».

Nous diviserons l'étude de ce chapitre en six sections :

I. — *De l'administration des biens dotaux.*

II. — *De l'exercice des actions judiciaires.*

III. — *Des actes d'aliénation.*

IV. — *De la responsabilité du mari.*

V. — *Des modifications qui peuvent être apportées aux pouvoirs du mari.*

VI. — *Des causes qui mettent fin à ces pouvoirs.*

Section I. — De l'administration des biens dotaux.

Notre ancien droit, par une fausse interprétation de quelques textes du Digeste et du Code, dont nous avons parlé ailleurs (1), admit que la femme conservait la propriété des biens dotaux concurremment avec le mari. Celui-ci était dès lors considéré plutôt comme un administrateur que comme un véritable propriétaire. Son droit de propriété était quelquefois qualifié de domaine civil fictif. La femme

(1) Loi 75, D. — 23, 3; et Loi 30.C. — 5, 12.

pouvait agir en justice relativement à tous ses biens dotaux, meubles ou immeubles. Les créanciers du mari pouvaient les saisir, au moins dans l'opinion générale, la question était cependant controversée. Enfin, il est bien certain que le mari était seul propriétaire des choses fongibles et des biens qui avaient été estimés.

Aujourd'hui les principes sont mieux déterminés. La femme est seule propriétaire de la dot sauf les choses fongibles ou estimées; le mari n'a que la jouissance et l'administration, mais ses pouvoirs sont restés très étendus.

En présence des termes si clairs de l'article 1549, il semble qu'aucun doute ne peut s'élever sur ce point. Et cependant on rencontre une opinion d'après laquelle le mari serait encore de nos jours *dominus dotis* (1).

Le savant auteur suppose deux domaines distincts, l'un *supérieur et naturel* qui appartiendrait à la femme, l'autre *civil et inférieur* qui appartiendrait au mari. Partant de ce principe, il explique très facilement les pouvoirs si étendus, reconnus au mari par l'article 1549.

« Le mari, dit-il, est sous le Code civil ce qu'il était auparavant, à savoir un quasi-propriétaire ayant seul, même à l'exclusion de la femme, certaines attributions du droit de propriété, par exemple, le droit de revendiquer la chose dotale et le droit d'en jouir, le droit de disposer des choses mobilières. Effacez cette qualité, vous tombez dans la confusion et ne savez plus à quoi vous en tenir... Nous le répétons, le mari a sur la dot un domaine certain, quoique irrégulier et incomplet. Nier cette vérité traditionnelle c'est se créer des difficultés sans nombre, c'est susciter des embarras inextricables dans la jurisprudence, c'est enlever la raison décisive de beaucoup de points consacrés par la loi » (2).

---

(1) Troplong IV, 3099, 3102 et suiv. — Montpellier 4 juillet 1851 Dall., 1855, 2. 141.

(2) IV, nos 3102, 3104.

Le mari, ajoute-t-il encore, a le droit de disposer des choses mobilières, droit qui n'appartient en principe qu'au propriétaire, donc le mari dotal est propriétaire.

Mais c'est précisément une question vivement débattue que celle de savoir si le mari a le droit de disposer de ces choses mobilières. Pour notre part, nous ne le croyons pas, et nous essaierons de le prouver en traitant des actes d'aliénation qui peuvent ou non être permis au mari. Il est vrai qu'une jurisprudence constante reconnaît journellement un tel droit au mari; mais comme le fait si judicieusement remarquer un éminent jurisconsulte (1), « à moins de prendre dans la jurisprudence des arguments pour expliquer les textes, à moins de croire à la nécessité de concilier les textes avec la jurisprudence, au lieu de mettre la jurisprudence en harmonie avec les textes, il est impossible de tenir compte de cette objection ».

Le système que nous combattons comme étant absolument arbitraire, a été rejeté avec raison par l'unanimité des auteurs; il était, en effet, inadmissible sous l'empire du Code dont tous les textes supposent chez le mari, la qualité d'administrateur et pas le moins du monde celle de propriétaire.

C'est d'abord l'article 1549, qui nous dit : « Le mari a l'*administration* des biens dotaux », et dans lequel il n'est certes pas question de propriété. En ne reconnaissant au mari que l'administration et la jouissance des biens dotaux cet article lui dénie virtuellement la qualité de propriétaire de ces biens. Sa place en tête de la section II, prouve bien aussi que la loi suppose que le mari n'est pas propriétaire. « La section annonce, dit M. Colmet de Santerre, qu'elle traitera des droits du mari et elle débute par lui attribuer l'administration oubliant ainsi le droit qui devrait être mis en première ligne s'il appartenait au mari : le droit de propriété; étrange rédaction qui

---

(4) Colmet de Santerre. VI nº 221 bis II, p. 460.

négligerait le droit le plus important pour s'inquiéter uniquement du droit secondaire et accessoire, qui laisserait dans l'ombre une translation de propriété pour traiter uniquement d'un changement dans l'administration » (1).

L'article 1549 suffirait, ce nous semble, à justifier notre opinion. Mais il n'est pas seul. L'article 1562 considérant le mari comme usufruitier, montre bien aussi que celui-ci n'est pas regardé comme un propriétaire ; de même, les articles 1555 et 1556. Ces derniers déterminant les cas où il est permis de disposer des immeubles dotaux, décide que la disposition doit être faite par la femme elle-même. Si le mari intervient ce n'est que pour donner son autorisation. C'est donc que la femme seule est propriétaire. Les articles 1551 à 1553 ne sont pas moins probants. Ils examinent certains cas où le mari devient propriétaire, ils ne présenteraient donc aucune utilité si la théorie romaine était encore en vigueur. Si la loi prend soin de déterminer limitativement les cas où le mari peut devenir propriétaire de certains biens dotaux, elle suppose nécessairement qu'en principe et pour les autres biens dont elle ne parle pas, la femme seule en garde la propriété. Enfin les travaux préparatoires sont très formels. « Hors les cas exceptionnels où il est rendu propriétaire, le mari n'a que la perception des fruits de la dot et son administration. La propriété reste à la femme. »

Sans doute les pouvoirs du mari se rapprochent beaucoup de ceux d'un propriétaire, mais il n'y a là qu'une bizarrerie que peut seule expliquer l'influence de l'ancien droit. Tout en déclarant que le mari n'est plus propriétaire, le législateur lui laisse les pouvoirs que lui attribuait le droit romain. Qu'il y ait là une anomalie nous le croyons. Si du reste on veut à toute force trouver une explication on peut invoquer l'idée d'un mandat très étendu conféré au mari pour agir au nom de la femme. Le mari n'est, il est

---

(1) VI, n° 221 *bis*, II, p. 458.

vrai, ni un administrateur ordinaire, ni un usufruitier ordinaire, nous aurons l'occasion de le démontrer; il a des pouvoirs bien plus étendus, mais il n'est pas non plus un propriétaire ; ce qu'on peut dire c'est qu'il a un droit *sui generis* impossible à déterminer d'une façon précise.

Quelle que soit, du reste, la façon dont on le qualifie, il est à remarquer qu'en présence des textes de notre section il pourra toujours faire les actes que la loi lui permet, et ces actes seulement (1).

A. — Biens dont le mari est propriétaire.

En règle générale donc, le mari n'est pas propriétaire de la dot. Il y a cependant certains biens qui deviennent sa propriété, et sur lesquels ses pouvoirs seront en conséquence ceux de tout propriétaire, à charge toutefois de rendre, lors de la dissolution du mariage, soit la valeur de ces biens, soit d'autres biens de même nature qualité et quantité.

Dans cette catégorie rentrent d'abord les choses fongibles. Bien que la loi n'en parle pas, cela n'en n'est pas moins certain et reconnu par tout le monde. Il n'y a là, d'ailleurs, qu'une application pure et simple des règles de l'usufruit que l'article 587 exprime en ces termes : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation à la fin de l'usufruit. » A s'en tenir aux termes de la loi, le mari n'aurait que l'usufruit de ces biens, mais comme cet usufruit consiste dans le droit

---

(1) Marcadé, s. art. 1549, p. 33 ; Aubry et Rau, § 535, texte et note 1, p. 545 ; Colmet de Santerre, VI, n° 221 *bis*, p. 457 et suiv. ; Rodière et Pont, III, nos 1711 et suiv. ; Guillouard, IV, nos 1764 et suiv., p. 81.

de propriété, c'est donc la propriété elle-même qui passe au mari, sauf la restitution qu'il devra faire, lorsque ses pouvoirs prendront fin, de choses de même qualité, quantité et valeur. *Soluto matrimonio*, disait déjà la loi 42, *de jure dotium*, XXIII, III, *ejusdem generis et qualitatis alias restituat* (1).

Que décider des choses destinées à être vendues? Nous croyons qu'elles doivent être complètement assimilées aux choses consomptibles, et qu'en conséquence, le mari en devient propriétaire. Les motifs de décider ainsi, sont les mêmes que pour les choses *quæ primo usu consumuntur*, le mari ne peut en jouir qu'en les aliénant. Il faut donc ici encore appliquer l'article 587 (2).

Un arrêt de la Cour de Paris, du 27 mars 1841 (Sir., 1841, 2,529) a rangé, parmi les choses fongibles, un fonds de commerce, et décidé en conséquence que le mari en était devenu propriétaire. Cette solution ne nous paraît pas devoir être admise. Ce qui est fongible, ce sont les marchandises dont le roulement, le renouvellement incessant ne modifie en rien le fonds de commerce lui-même; le fonds est une *universitas mercaturæ* dont la propriété reste à la femme (3).

Si cependant le fonds de commerce avait été apporté en dot avec estimation, il deviendrait la propriété du mari; on rentrerait dans le cas des articles 1551 et 1552. Le mari ne devrait payer, lors de la restitution de la dot, que le prix d'estimation et non, comme on l'a prétendu, le fonds lui-même tel qu'il l'a administré, sauf à tenir compte de la diminution de valeur qui serait provenue d'une mauvaise administration.

---

(1) Marcadé, s. art. 1551, I; Rodière et Pont, III, nos 1666 et 1720; Aubry et Rau, V, § 536, p. 557; Laurent, XXIII, no 448; Guillouard, IV, no 1766, p. 85. — Cass., 22 mars 1882, Dall., 1882, 1, 337; Limoges, 15 juillet 1884, Dall., 1885, 2, 65.

(2) Marcadé, s. art. 1543, I. — *Contrà*: Laurent, XXIII, no 488.

(3) Marcadé, s. 1551, p. 40; Troplong, IV, 3160, 3163.

Biens estimés. — A Rome l'estimation d'un bien dotal valait vente et le mari devait restituer, non pas le bien lui-même, mais la valeur. *Quidquid æstimatur non est dotale.* Cette idée n'avait au reste pas d'intérêt au point de vue du transfert de la propriété puisque, qu'il y ait estimation ou non, le mari était toujours *dominus dotis.* Elle avait pour résultat de mettre les risques à la charge du mari,

Le Code admet le principe que l'estimation vaut vente, mais il l'applique différemment suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

Pour les meubles la règle est posée par l'article 1551 dans ces termes : « Si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire, et n'est débiteur que du prix donné au mobilier ». Ainsi la vente résulte de la simple estimation ; une clause spéciale n'est pas nécessaire, tout meuble estimé devient la propriété du mari. Les parties pourraient cependant en décider autrement, elles sont toujours libres d'insérer dans leur contrat telle clause que bon leur semblera, pourvu qu'elle ne soit contraire ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. Elles pourront donc convenir que l'estimation donnée par le contrat à un ou plusieurs meubles, n'en entraînera par la vente. Mais pour qu'il en soit ainsi il faut une volonté exprimée formellement.

Le mari ne devient propriétaire qu'à charge par lui de payer, lors de la restitution de la dot, le prix d'estimation. Ce qui est dotal ce n'est plus le meuble, mais la créance de ce prix d'estimation.

L'article 1551 ne fait aucune distinction entre les meubles corporels et les meubles incorporels, la règle qu'il pose régit donc les uns comme les autres. Il devra s'appliquer aux créances mobilières dotales qui auraient été estimées dans le contrat et notamment aux rentes sur l'Etat ou sur particuliers comme à toutes autres créances.

On a, il est vrai, prétendu que toute créance portait en

elle-même son estimation, et que, par cela seul qu'elle était mentionnée au contrat, il n'y avait pas besoin d'autre estimation, et qu'en conséquence le mari en devenait propriétaire (1).

Sans parler des rentes sur l'Etat qui sont soumises à des fluctuations de bourse, il faut remarquer que toute créance change de valeur du jour au lendemain par suite d'une foule de circonstances, à ce point de vue il n'est pas exact de dire qu'elle porte en elle-même son estimation. D'un autre côté la loi entend bien que ces créances doivent rester la propriété de la femme puisque d'après les articles 1566 et 1567 les risques sont pour elle, le mari pouvant se libérer, au cas où elles viendraient à périr ou à subir des retranchements, en restituant simplement les titres (2).

En fait il pourra être souvent difficile de savoir s'il y a ou non estimation dans le contrat : tout dépendra de la volonté probable des époux ; il y aura en somme une question d'intention que les tribunaux devront apprécier.

On peut se demander quel sera l'intérêt d'une estimation avec déclaration expresse qu'elle n'emportera pas vente. Cette estimation sera encore utile à deux points de vue ; elle servira à déterminer les droits d'enregistrement, puis à fixer l'indemnité qui pourra être due par le mari en cas de perte du meuble par sa faute ou sa négligence.

S'il s'agit d'immeubles, l'article 1552 décide que la simple estimation ne suffit plus pour en transférer la propriété au mari ; il faut que le contrat de mariage porte expressément que la propriété du fonds dotal est transportée au mari.

Le mari est dans la même situation que s'il avait acheté l'objet estimé ; seulement il conserve le montant d'estimation à titre de dot. D'où : le mari devient propriétaire, il peut disposer, ses créanciers peuvent saisir ; il ne peut

---

(1) Odier, *Traité du contrat de mariage*, III, n° 1227.

(2) Marcadé, s. art. 1551, p. 41 ; Colmet de Santerre, n° 224 *bis*, p. 464 ; Guillouard, IV, n° 1773, p. 96.

plus être en effet question d'inaliénabilité. De même le mari court les risques de la chose estimée. Mais la constitution de dot étant un contrat subordonné à la condition que le mariage ait lieu, jusqu'à la célébration, les risques de la chose estimée sont pour la femme.

L'estimation emporte aussi l'application des règles de la vente en matière de garantie. La garantie est due au mari qui se fera indemniser par la femme conformément aux règles des articles 1626 et suiv. (1).

Lors de la dissolution, le mari devra restituer seulement le prix d'estimation et non, en outre, la plus-value que le bien aurait pu acquérir entre ses mains.

L'estimation d'un bien dotal ne doit cependant pas être assimilée de tous points à une vente. Ainsi une estimation trop forte ou trop faible lèse l'un ou l'autre des époux; cette lésion pourra-t-elle être redressée comme en cas de vente ordinaire? Le droit romain l'admettait toujours (2) ainsi que certains auteurs des pays de droit écrit. Dans le droit moderne la lésion ne peut être prise en considération si la dot est mobilière. D'autre part, si la lésion a lieu au préjudice du mari, elle ne peut pas non plus donner lieu à la rescision (art. 1674 et 1683).

La question se pose seulement quand la lésion a lieu au préjudice de la femme, laquelle joue le rôle de vendeur. Ici encore, croyons-nous, il faut écarter la rescision qui n'a été établie que pour protéger le vendeur pressé d'argent; or, cette raison n'existe pas ici. On peut aussi très bien admettre que la femme a entendu faire un avantage à son mari, qu'elle a voulu lui « donner la plus-value (art. 1674) »; il n'y a là rien que de très naturel. Les rédacteurs du Code ne disent pas que l'estimation doive être assimilée dans tous les cas à la vente (3).

---

(1) *Contrà* : Guillouard, IV, nº 1771, p. 92.
(2) Lois, 6, 2 et 12, De jure dotium, XXIII, III.
(3) Guillouard, IV, nº 1772, p. 93; Rodière et Pont, III, nº 1674.

D'après les articles 2102 et 2103 le vendeur a privilège sur la chose vendue pour garantir le paiement de son prix. Il ne nous paraît pas douteux que la femme, quand elle réclamera sa dot, ne pourra prétendre exercer, comme venderesse, un privilège sur les biens estimés (1). Ce point est cependant très contesté (2).

Biens remplaçant des deniers dotaux. — Enfin deviennent encore la propriété du mari : 1° les biens cédés à la femme en paiement d'une somme d'argent constituée en dot ; 2° les biens que le mari achète avec des deniers dotaux si la condition d'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage (art. 1553).

Si le constituant s'était réservé dans le contrat de mariage le droit de donner un immeuble au lieu d'une somme d'argent, cet immeuble resterait dotal, le mari n'en deviendrait pas propriétaire. Mais il faut que le constituant se soit réservé ce droit dans le contrat de mariage même. Il ne pourrait plus, dans une convention postérieure, imposer à l'immeuble par lui donné aux lieu et place de la somme d'argent promise, le caractère de dotalité, car il y aurait alors modification aux conventions matrimoniales au régime adopté, ce que prohibent les articles 1395 et 1543. La femme elle-même pourrait, au lieu de livrer sa dot en argent, se libérer en donnant un immeuble. La solution serait toujours la même, le mari en serait propriétaire (art. 1595, al. 3) (3).

Par application de ces principes, la Cour suprême, par un arrêt du 1er décembre 1857, a décidé avec raison que l'immeuble recueilli par la femme dans la succession de son père, pour la remplir de la dot constituée en argent et non payée du vivant du père, n'était pas dotal et que le mari en devenait propriétaire.

---

(1) Colmet de Santerre, VI, n° 224 *bis*, II, p. 464.

(2) Montpellier, 26 juin 1848. Dall., 48, 2, 173. — *Contrà* : Rodière et Pont, III, n° 1667 ; Aubry et Rau, § 540, note, 21, p. 628 ; Guillouard, IV, n° 1768, p. 88.

(3) Colmet de Santerre, VI, n° 225 *bis*, 1, p. 465.

En ce qui concerne les biens acquis par le mari avec des deniers dotaux, il était tout naturel d'en reconnaître le mari propriétaire, et le premier alinéa de l'article 1553 n'existerait-il pas, qu'on devrait, ce nous semble, encore en décider ainsi. Le mari était en effet propriétaire de l'argent, il est donc de toute justice qu'il soit aussi propriétaire du bien par lui acquis avec cet argent. Il est du reste de principe que celui-là est propriétaire qui fait une acquisition.

Ainsi à l'égard de ces différentes catégories de biens dont nous venons de parler, le mari est un véritable propriétaire. Il peut faire à leur sujet tous les actes qui sont l'apanage de la propriété ; ses créanciers peuvent les saisir, et les risques sont à sa charge. On ne peut guère dire que ces biens soient dotaux, dans le sens qu'on donne en général à ce mot, ils n'appartiennent pas en effet à la femme et ils ne sont pas inaliénables ; ils manquent donc des deux caractères distinctifs de la dotalité.

B. — Biens dont la propriété reste à la femme.

A part ces quelques cas exceptionnels que nous venons d'examiner, la propriété des biens dotaux reste à la femme ; le mari n'a sur ces biens qu'un droit d'administration et de jouissance. L'article 1549 qui pose la règle ne parle, il est vrai, que du droit d'administration, mais il est universellement reconnu que le mari doit en avoir en outre la jouissance.

D'après l'article 1540, la dot est apportée au mari pour supporter les charges du mariage, il doit donc en jouir. Si la loi ne le dit pas expressément, elle le dit du moins implicitement dans l'article 1562, en déclarant qu'il est soumis à toutes les obligations de l'usufruitier et dans les art. 1571 et 1576. C'est aussi ce qui résulte des travaux préparatoires.

Les pouvoirs d'administration du mari dotal sont, comme

nous aurons souvent occasion de le signaler, bien plus étendus que sous tout autre régime. On y retrouve l'influence du droit romain. Le législateur veut éloigner la femme, malgré toute la protection qu'il lui accorde, de l'administration des biens dotaux.

Les expressions de l'article 1549 paraissent bien empruntées à Domat, qui exposait comme il suit la théorie des droits du mari dotal : « Le droit qu'a le mari sur le bien dotal de sa femme est une suite de leur union et de la puissance du mari sur la femme même. Et ce droit consiste en ce qu'il a l'*administration et la jouissance* du bien dotal que la femme ne peut lui ôter ; qu'il peut agir en justice au nom de mari pour le recouvrer contre les tierces personnes qui en sont les détenteurs ou les débiteurs ; mais qui n'empêche pas que la femme n'en conserve la propriété. Et ce sont ces divers effets des droits du mari et de ceux de sa femme sur le bien dotal qui font que les lois regardent la dot et comme un bien qui est à la femme et comme un bien qui est au mari (1) ».

Les droits du mari s'ouvrent au jour de la célébration du mariage ; c'est donc seulement à partir de ce moment qu'il pourra faire les divers actes dans le détail desquels nous allons entrer maintenant.

Le mari doit d'abord faire tous les actes d'administration qui rentrent dans les pouvoirs du mari commun, administrateur des propres de sa femme, nous renvoyons donc à ce que nous avons dit à ce sujet en parlant du régime de communauté.

Il a le droit de percevoir les fruits et intérêts des biens dotaux, il n'y a pas à distinguer entre les fruits naturels ou civils.

Si parmi les biens dotaux se trouvent une rente viagère, il a le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution (art. 588).

Si la dot comprend un usufruit, le mari en perçoit tous

---

(1) Les lois civiles, Liv. I, Tit. IX' sect., I, nº 3.

les produits, il n'est obligé, à la dissolution du mariage, que de restituer le droit d'usufruit et non les fruits échus durant le mariage (art. 1568).

Nous rencontrons ici la première des différences assez nombreuses que nous aurons à signaler entre le mari dotal et l'usufruitier ordinaire. L'usufruitier acquiert les fruits naturels par la perception. Pour le mari dotal le fait de la perception est indifférent ; il acquiert les fruits naturels comme les fruits civils jour par jour ; de sorte que, lors de la dissolution du mariage, perçus ou non, les fruits naturels de la dernière année lui seront acquis proportionnellement au temps que sa jouissance aura duré pendant cette dernière année. L'année dit en terminant l'article 1571 se compte à partir du jour où le mariage a été célébré. Cette théorie est souvent désignée sous le nom de : *Civilisation des fruits naturels.*

Si au contraire une récolte avait été recueillie avant le mariage, ne fût-ce que quelques jours avant, il est évident que le mari n'y aurait aucun droit, à moins cependant que la femme ne se soit constitué en dot tous ses biens présents, auquel cas la récolte serait dotale comme tout autre bien et soumise par suite aux différents droits du mari. Il est même à remarquer que si, ce qui se présentera la plupart du temps, cette récolte consiste en choses fongibles, le mari, en vertu des règles que nous avons vues plus haut, en deviendrait propriétaire.

La règle de l'article 1571 s'appliquera d'ailleurs aux récoltes qui, au lieu d'être annuelles, se font bien périodiquement mais à plusieurs années d'intervalle, comme les bois taillis mis en coupes réglées et à celles qui se font plusieurs fois l'an, comme la culture maraîchère. Seulement l'unité qui servira de base pour calculer les droits du mari, au lieu d'être l'année, sera alors le temps qui sépare une récolte de la récolte immédiatement suivante (1).

---

(1) Marcadé, s. art. 1571, II, p. 104 ; Aubry et Rau, V, § 540, texte et note 45, p. 634 ; Colmet de Santerre, VI. n° 243 *bis*, III ; Laurent, XXIII, n° 574.

Bien que cet article ne parle que des fruits des immeubles dotaux, il est hors de doute que sa disposition doit être étendue aux fruits de tous les biens dotaux indistinctement, par exemple au croît des animaux « *fœtus autem jumentorum* et *omnia quæ fructuum nomine continentur* (1) ».

Si un trésor était découvert sur le fonds dotal, le mari n'y aurait aucun droit à moins qu'il ne soit inventeur (art. 716). Dans le cas où la femme se serait constitué en dot tous ses biens à venir le mari aurait la jouissance de la portion du trésor attribuée à la femme. Si elle ne s'était constitué que ses biens présents, le mari n'en aurait même pas la jouissance.

Si la dot comprend des objets qui, sans se consommer *primo usu*, comme l'argent, les grains, les liqueurs, se détériorent cependant peu à peu par l'usage comme le linge, les meubles meublants, les chevaux, etc... on appliquera l'article 589. Le mari aura donc le droit de s'en servir pour l'usage auquel ils sont destinés, et ne sera tenu de les rendre que dans l'état où ils se trouveront, à moins qu'ils n'aient été détériorés par son dol ou par sa faute.

A la différence de l'usufruitier, le mari a droit à une récompense pour les coupes de bois qu'il pouvait faire et qu'il n'a point faites. (Arg. de l'article 1403). Si le mari ne recevait pas une indemnité il avantagerait indirectement la femme, contrevenant ainsi à une des règles qui dominent les relations pécuniaires entre les époux, règle qui interdit tout avantage indirect et irrévocable. De plus ces coupes retardées augmentent la valeur du fonds dotal et, comme toute amélioration faite par le mari administrateur de la dot, elles doivent donner lieu à récompense (2). L'article 590 ne s'applique donc pas au mari dotal. Au

---

(1) Aubry et Rau, V, 540, note 40, p. 633; Guillouard, IV, n° 2158, p. 447.

(2) Colmet de Santerre, VI, n° 221 *bis*, VIII, p. 463; Aubry et Rau, § 535, p. 552, texte et note 28. Rodière et Pont, III, n° 1725.

contraire nous croyons que les articles 591 et 592 doivent lui être appliqués. Ainsi le mari profitera, en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine. Pour la coupe des bois de haute futaie, non aménagés au moment de l'ouverture de sa jouissance, le mari n'y a aucun droit. Dans une certaine opinion, la question devrait se résoudre par une distinction (1).

« Si la femme s'était constitué *nommément* en dot un bois de haute futaie qui n'eût pas encore été mis en coupe réglée, disent MM. Rodière et Pont, il serait à présumer qu'elle avait entendu autoriser son mari à commencer des coupes, en se conformant aux usages de la contrée, car les produits qu'on peut retirer d'un bois que l'on ne coupe point sont de si mince importance qu'il n'est guère à supposer que les parties aient voulu restreindre la jouissance du mari à ces produits insignifiants. Mais la règle générale devrait conserver son application s'il s'agissait de bois d'une nature telle que les produits qu'on en peut retirer sans les couper sont la principale chose que l'on considère, comme les lièges et les arbres résineux ».

Cette opinion ne nous paraît pas admissible. Sur quoi en effet se baser pour attribuer au droit de jouissance du mari une étendue plus ou moins grande selon que la femme se sera constitué en dot un bien déterminé ou tous ses biens présents. Que la femme se constitue *nommément* un bois ou qu'elle se constitue tous ses biens présents parmi lesquels ce bois figure, le résultat est toujours le même ; d'une manière comme de l'autre le bois est dotal, et les pouvoirs du mari sur ce bien dotal, seront identiques dans les deux cas.

---

(1) Rodière et Pont, III, n° 1723.

En outre, dans l'opinion contraire, après avoir distingué d'abord selon que la femme s'est constitué en dot tous ses biens ou un bien déterminé, on arrive à une sous distinction bien plus arbitraire encore, et dont on ne peut trouver la moindre trace dans les textes. Si le bois produit de la résine, du liège, le mari ne pourra pas faire de coupe, sinon il le pourra. Mais on pourrait encore proposer une distinction dans cette sous distinction et aboutir enfin de compte au ridicule.

Il faut donc décider que le mari ne pourra pas toucher aux arbres de haute futaie non aménagés lors de la célébration du mariage. Telle était déjà la solution du droit romain (1).

Par analogie des articles 592 et 593, le mari pourra donc, pour faire les réparations dont il est tenu, employer les arbres arrachés ou brisés par accident, ou même en faire abattre si cela est nécessaire ; il pourra également prendre, dans les bois, des échalas pour les vignes, prendre sur les arbres des produits annuels ou périodiques, le tout en se conformant aux usages du pays, ou à la coutume établie par les propriétaires antérieurs.

Nous avons déjà vu que la disposition de l'article 585 ne devait pas être étendue au mari dotal. Le mari ne pourra donc percevoir les fruits, pendants par branches ou par racines au moment du mariage, qu'à la condition de rembourser à la femme, lors de la restitution de la dot, les frais de labour et de semences (1).

Le mari a la jouissance des mines et des carrières déjà exploitées au moment de la célébration du mariage mais non de celles qui n'étaient pas ouvertes à ce moment; il faut appliquer ici l'article 598.

---

(1) Pau, 8 février 1886, Dall., 86, 2, 249. — Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 26, p. 552 ; Guillouard, IV, nos 1801 et 1802, p. 126.

(1) Voir cependant en sens contraire : Colmet de Santerre, VI, no 221 *bis*, VI, p. 462 ; Laurent, XXIII, no 480.

Au contraire, la disposition du deuxième alinéa de l'article 599, ne s'applique pas au mari dotal. Si donc celui-ci avait amélioré le fonds dotal, il aurait droit à une récompense tout comme il adviendrait en matière de communauté. Cette récompense devra être égale à la plus-value que les travaux accomplis par le mari auront donné aux biens dotaux. Cette solution est commandée par le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui et aussi par la règle que les époux ne peuvent se faire des avantages irrévocables (1).

Le mari peut et doit recevoir le remboursement des capitaux, toucher les créances dotales, en donner quittance, consentir aussi mainlevée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté. Il a le droit de recouvrer non-seulement les créances dotales ordinaires mais encore les rentes perpétuelles. Ce point était cependant controversé dans notre ancien droit. La loi du 29 décembre 1790. (Titre 2, article 4) avait imposé au débirentier l'obligation de veiller au remploi des rentes dotales, mais cette disposition n'a été reproduite nulle part par le législateur de 1804, elle ne doit pas être appliquée. La controverse soulevée dans l'ancien droit n'a d'ailleurs plus de sens aujourd'hui que toutes les rentes, sans distinction sont meubles (art. 529, al. 2) (2).

Il s'ensuit que le mari pourrait opposer en compensation à son propre créancier une créance dotale dont ce dernier serait débiteur envers la femme. A l'inverse si ce tiers, à la fois débiteur de la femme et créancier du mari, était poursuivi par le mari en paiement de ce qu'il doit à la femme, il ne pourrait pas opposer la compensation.

---

(1) Cass., 14 mars 1877, Dall., 1877, 1, 353 ; Cass., 10 juin 1885, Dall., 1886, 1, 205 ; Lyon, 11 mars 1886, Dall., 1887, 2, 129. — Marcadé, VI, s. art. 1562, I ; Colmet de Santerre, VI, nº 221 *bis*, IX, p. 463 ; Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 28, p. 552 ; Laurent, XXIII, nº 482.

(2) Caen, 26 mars 1862, Sir., 63, 2, 62. — Rodière et Pont, III, nº 1715 ; Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 2, p. 545 ; Guillouard, IV, nº 1776, p. 100.

Une opinion très accréditée et qui paraît triompher en jurisprudence, soutient que la compensation s'opérera de plein droit. Voici comment un arrêt récent motive cette solution.

« Considérant que les articles 1289 et 1290 du code civil disposent que, lorsque deux personnes se trouvent, débitrices l'une envers l'autre de sommes également liquides et exigibles, il s'opère une compensation qui éteint les deux dettes ; que la loi n'exige point, pour que la compensation s'opère, que les deux dettes aient une origine commune et procèdent d'une même cause : qu'il suffit qu'elles aient le même objet, dans l'espèce une somme d'argent.

Considérant qu'il n'en est pas du mari comme du tuteur ou du mandataire, que l'article 1549 lui confère, même sous le régime dotal, l'administration des biens dotaux et le pouvoir de recevoir les capitaux et de toucher la dot mobilière dont il peut poursuivre le remboursement contre tout débiteur et en donner quittance ; *qu'ayant le droit de donner quittance de la dot, il a le droit de la compenser* » (1).

On ne sera pas étonné de voir cette opinion enseignée par M. Troplong. On sait, en effet, que pour lui le mari est encore aujourd'hui propriétaire de la dot; et c'est là le seul argument qui permette de soutenir la théorie de l'arrêt de Limoges précité. Le mari n'est d'ailleurs pas comme le dit cet arrêt, créancier personnel des débiteurs de la femme, car les capitaux qu'il reçoit ne sont pas les siens, ce sont ceux de la femme, il a bien le droit de les toucher, mais en qualité de mandataire. Il faut toujours distinguer dans le mari deux personnes, l'une propriétaire de ses propres biens, l'autre représentant des intérêts dotaux. C'est en vertu de cette dualité que le mari ayant vendu un bien dotal à un tiers, peut cependant en demander

---

(1) Limoges, 15 juillet 1884, Dall., 85, 2, 65 ; Troplong, IV, nos 3235 et suiv.

l'annulation sans crainte d'être repoussé par l'exception de garantie (1).

Si au lieu du capital d'une créance dotale il s'agissait des intérêts de cette créance, la compensation devrait s'opérer entre ces intérêts et les sommes que le mari devrait personnellement aux débiteurs des créances dotales.

Si le mari était mineur, il ne pourrait notablement recevoir le remboursement des capitaux dotaux qu'avec l'assistance de son curateur (art. 482). Cette assistance lui est nécessaire pour toucher ses propres capitaux, elle doit donc *à fortiori* exister quand il s'agit des capitaux de la femme. On ne saurait en effet, admettre que cette incapacité spéciale du mari relative à ses propres biens disparaîtrait par cela même qu'il s'agirait de capitaux dotaux.

Le mari a aussi seul le droit de recevoir le compte de tutelle dû à sa femme lorsqu'elle s'est constitué tous ses biens en dot.

Il peut passer des baux et les renouveler dans les limites des articles 1429 et 1430. Il faut décider qu'il ne pourrait faire un bail de plus de neuf années même avec le concours de la femme car un tel bail ne rentre pas dans les actes d'administration, il constitue une aliénation partielle de l'immeuble dotal, et à ce titre il est interdit aussi bien aux deux époux agissant ensemble qu'au mari seul (article 1554).

Enfin en ce qui concerne l'acceptation ou la répudiation d'une succession, les pouvoirs du mari dotal sont les mêmes que ceux du mari commun ; ainsi, il ne pourra pas renoncer à une succession échue à la femme.

---

(1) Nimes, 5 décembre 1860, Sir., 61, 2, 1. — Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 4, p. 546 et § 536, texte et notes 7 à 10, p. 556 ; Demolombe, XXVIII, nº 564.

Section II. — De l'exercice des actions judiciaires

Sous le régime de communauté le mari peut exercer certaines actions relatives aux biens personnels de la femme ; l'article 1549 attribue le même droit au mari dotal. Mais c'est surtout sur ce point que les pouvoirs de ce dernier sont bien plus étendus que ceux du mari commun.

D'après l'article 1549, le mari exerce seul toutes les actions et même les actions pétitoires. Nous avons vu au contraire, en étudiant l'article 1428 que, si le mari commun pouvait bien exercer seul les actions mobilières et possessoires, il ne pouvait jamais intenter les actions pétitoires sans le concours de la femme. Le mari dotal, disons-nous, peut exercer toutes les actions relatives aux biens dotaux, par conséquent, les actions pétitoires aussi bien que possessoires, immobilières aussi bien que mobilières. Cette solution est commandée par les termes très généraux de l'article 1549. « Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs ». Elle est d'ailleurs conforme au Droit romain et à l'opinion la plus accréditée de notre ancien Droit. « Le mari, disait Domat, peut agir en justice au nom de la femme pour recouvrer le bien dotal contre les tierces personnes qui en sont les détenteurs ou les débiteurs » (1). Le Code a reproduit ces termes.

Certains auteurs (2) ont cependant contesté que le mari ait un tel droit et ont enseigné que le Code ne visant dans l'article 1549 que le droit de jouissance du mari, celui-ci ne pourrait exercer seul que les actions relatives à son droit de jouissance, et non celles qui concernent le droit de propriété de la femme.

Dans ce système, le jugement rendu pour ou contre le mari ne produirait d'effets qu'à son égard et pour son droit

---

(1) Des lois civiles, liv. I, tit. 9, sect. 1, § 3.
(2) Toullier, XII, 392 et 393 ; Tessier, II, p. 139.

de jouissance seulement, il ne pourrait, en aucun cas, être opposé à la femme, celle-ci étant, quant à son droit de propriété, un tiers non intervenu aux débats.

Ce système est aujourd'hui complètement abandonné ; il est repoussé avec raison par la jurisprudence et l'immense majorité de la doctrine. Décider que le mari ne peut agir qu'en son nom personnel et pour son droit de jouissance seulement, serait assimiler les pouvoirs du mari commun à ceux du mari dotal ; ce serait confondre les règles essentiellement différentes des deux régimes. S'il est vrai qu'en exerçant les actions relatives aux biens dotaux, le mari agit bien pour la jouissance en son nom personnel, il ne faut pas oublier qu'il est, aussi et surtout, le représentant de la femme déclarée par la loi incapable d'agir elle-même. Celle-ci est donc bien partie à l'action, et ce qui est jugé pour ou contre le mari l'est également pour ou contre elle (1). Nous réservons cependant le cas où un jugement aurait été obtenu par suite de collusion entre le mari et la partie adverse ; bien que ce point soit controversé, il faudrait selon nous accorder à la femme le droit d'attaquer un tel jugement par la voie de la tierce opposition.

Il est difficile, en présence d'un texte aussi précis et aussi général que l'article 1549, de comprendre même comment l'opinion que nous venons de rappeler a pu se faire jour (2).

C'est le mari qui doit représenter la femme dans un ordre judiciaire. Il a qualité pour comparaître au nom de la femme dans un ordre amiable et pour consentir au règlement amiable lorsqu'aucune difficulté ne s'élève sur le rang attribué à celle-ci ; mais il ne pourrait valablement accepter pour sa femme un rang inférieur à celui qu'elle

---

(1) La femme pourra donc se prévaloir des jugements rendus en faveur du mari et devra subir ceux rendus contre lui. (Cass., 14 août 1865. Dall., 65, 1, 264).

(2) Rodière et Pont, III, 1756 ; Troplong, IV, 3104 et 3105 ; Marcadé, s. art. 1549, II, p. 34 ; Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 6, p. 546 ; Guillouard, IV, nº 1781, p. 104

devait légitimement occuper, sauf le cas où, par suite d'une estimation, il serait devenu propriétaire de la dot (1).

En résumé, c'est au mari qu'il appartient d'exercer toutes les actions relatives aux biens dotaux ; la femme, même dûment autorisée, ne peut pas en principe agir en justice ; ce droit est réservé au mari et *au mari seul*, à l'exclusion de la femme. Nous sommes ainsi amené à constater une deuxième différence fort importante entre les pouvoirs du mari sous le régime de communauté d'une part et sous le régime dotal d'autre part, différence qui ne se rencontre plus seulement pour les actions pétitoires, mais encore pour les actions mobilières et possessoires.

Le mari commun, nous l'avons vu, peut exercer seul, c'est-à-dire sans le concours de la femme, toutes les actions mobilières et possessoires relatives aux biens personnels de celle-ci. L'article 1549 reconnaît le même droit au mari dotal, mais la simple lecture des deux articles 1428 et 1549 montre bien la différence que la loi a entendu établir.

Le droit du mari commun n'est pas exclusif de tout autre ; la loi lui permet d'exercer seul telle ou telle action, mais la femme n'en conserve pas moins son droit dérivant de sa qualité de propriétaire. Ainsi, elle pourra parfaitement agir en justice relativement à ses biens propres, sous la seule condition d'être autorisée conformément aux règles ordinaires, soit de son mari, soit, à son refus, de justice. « Le mari, dit le texte, *peut exercer seul* toutes les actions mobilières et possessoires.... » ; en d'autres termes, bien que les actions dont il s'agit appartiennent à la femme et que, par application du droit commun, celle-ci puisse seule les exercer, la loi donne au mari la faculté de les intenter.

Toute autre est la rédaction de l'article 1549. Le mari a

---

(1) Dalloz, C. A. s. art. 1549, nº 90 et R. A. *Ordre*, 250 à 252 et 461.

seul le droit d'en poursuivre...., ce qui signifie de la façon la plus claire, non seulement qu'il peut exercer les actions relatives aux biens dotaux mais encore que *lui seul* le peut, que ce droit n'appartient qu'à lui à l'exclusion de tout autre. La femme bien que propriétaire ne pourra donc pas, fût-elle même autorisée du mari, agir en son nom personnel relativement à sa dot; tout au plus pourrait-elle agir, selon quelques auteurs, au nom de son mari, comme mandataire *ad litem*.

Ce dernier point a cependant été contesté. Un arrêt et quelques auteurs (1) soutiennent que si la femme obtient l'autorisation exigée en général pour les femmes mariées, elle pourra exercer ses actions. Voici les raisons qu'on invoque dans ce système.

Il n'y a pas de texte qui reconnaisse ce droit à la femme, cela est vrai, mais à quoi servirait-il? N'est-il pas de règle essentielle que le propriétaire peut faire à l'occasion de ses biens toutes sortes d'actes, par exemple intenter une action ou y défendre; ce point n'est et ne saurait être sérieusement discuté. Or, le propriétaire dans notre cas est précisément la femme; celle-ci n'a donc pas besoin d'un texte spécial qui lui permette d'exercer ses actions; c'est un droit qui dérive pour elle de sa qualité même de propriétaire, et une fois que, par une autorisation en règle, elle aura complété sa capacité jusque là non entière, elle sera dans la même position qu'un propriétaire quelconque.

Tout cela est exact, et nous croyons que, dans le silence de la loi, telle serait, en effet, la solution qu'on devrait admettre. La capacité est la règle et nous aussi nous pensons que pour la restreindre il faut un texte spécial. Or, ce texte existe, c'est l'article 1549 qui interdit à la femme, par sa rédaction impérative et limitative, de poursuivre les débiteurs ou détenteurs de biens dotaux, en disant : « Le mari a *seul* le droit.... » termes bien différents

---

(1) Lyon, 16 janvier 1834, Sir., 35, 2, 52. — Rodière et Pont, III, 1758.

de ceux de l'article 1428 : « Le mari peut encore seul... »

Avec votre système, objecte-t-on encore, la femme sera complètement à la merci du mari qui, par négligence, mauvaise volonté ou toute autre cause, laissera perdre la dot.

Nous répondrons, qu'en général, le danger n'est pas aussi sérieux qu'on veut bien le dire. Les biens dotaux sont, en effet, sauf quelques cas particuliers (art. 1561 et 2255), ordinairement imprescriptibles, par conséquent la femme n'aura rien à craindre de ce côté. Il est vrai que, même dans ce cas, la femme peut encore avoir un intérêt à revendiquer, si par exemple le possesseur détériore l'immeuble ou devient insolvable. Mais il reste toujours à la femme un moyen de recouvrer l'exercice de ses actions, elle n'aura qu'à demander la séparation de biens. Le texte est, d'ailleurs, aussi absolu que possible et ne laisse place à aucun tempérament.

Si, ajoute-t-on, le mari autorise la femme, on peut dire qu'il y a mandat de sa part. Nous ne le croyons pas. Il ne peut pas, en effet, y avoir de mandat véritable dans le pouvoir donné à une personne pour agir, non point au nom du mandant, mais en son propre nom à elle mandataire.

Enfin, on nous oppose l'ancien droit qui reconnaissait à la femme, au moins dans certains cas, le droit d'exercer les actions dotales (1). Si l'on veut faire peser l'ancien droit dans la question, nous pourrions invoquer le droit romain dont tous les textes montrent bien que le mari pouvait seul exercer ces actions; et notre ancien droit lui-même, on le reconnait, donnait en général la même solution. Nous pourrions donc retourner l'argument et l'invoquer en notre faveur. Mais peu importe ce qui se passait autrefois, le Code a réglé la question d'une façon très nette et nous devons nous y tenir.

---

(1) Domat, liv. 1, tit. X, sect. 1, § III, note *d*.

Ainsi donc le mari peut seul exercer les actions dotales, et, nouvelle différence avec le régime de communauté, la femme, même autorisée à cet effet par son mari, n'a pas le droit d'agir. (1)

Dans tout ce qui précède nous ne nous sommes occupé avec l'article 1549 que du droit pour le mari d'intenter les actions relatives aux biens dotaux; à plus forte raison doit-il avoir celui d'y défendre. Quelques arrêts déjà anciens (2) en avaient cependant décidé autrement en se basant sur la règle que l'action doit être dirigée contre le propriétaire. Or ici, disent ces arrêts, le propriétaire c'est la femme, c'est donc contre elle que l'action devra être dirigée; seulement comme en sa qualité de femme mariée, elle est incapable, elle devra être autorisée par le mari: en somme l'action devra être dirigée simultanément contre la femme et contre le mari.

Le même raisonnement aurait dû conduire à décider que le mari ne pourrait pas intenter l'action puisque ce droit n'appartient en principe qu'au propriétaire et que le mari n'est évidemment pas plus propriétaire en demandant qu'en défendant, et cependant on n'a pas été jusque là.

Nous reconnaissons qu'en principe l'action doit être soit intentée par le propriétaire, soit dirigée contre lui. Cette règle n'est rigoureusement vraie que dans les cas ordinaires, c'est-à-dire quand le propriétaire est pleinement capable pour agir seul. Dans le cas contraire, si le propriétaire ne peut agir que sous certaines conditions, comme la femme commune qui a besoin de l'autorisation de son mari, l'action devra être intentée ou dirigée à la fois par ou contre lui et par ou contre la personne chargée de l'assister; enfin si le propriétaire n'a pas qualité pour agir

---

(1) Marcadé, s. art. 1549 II; Aubry et Rau, V, § 535 texte et note 9, p. 547; Colmet de Santerre VI, n° 221 bis V, p. 461; Laurent XXIII, n° 475; Guillouard, IV, n° 1781, p. 105 et suiv. — Bordeaux, 27 juillet 1857, Dall., 57, 2, 216; Grenoble 23 avril 1858, Dall., 59, 2, 117 et 28 juillet 1865, Dall., 65. 2, 205.

(2) Riom, 28 janvier 1844, Sir., 46, 2, 17.

et qu'un mandataire légal puisse seul agir en ses lieu et place, c'est par ou contre ce représentant que l'action devra être intentée ou dirigée. Or telle est la situation du mineur, aux lieu et place de qui agit le tuteur (art. 464 et 465), telle est aussi, à la différence de la femme commune en biens, la situation de la femme dotale. La loi la déclare complètement incapable en ce qui concerne l'exercice de ses actions, exercice qui appartient au mari seul: c'est bien donc contre lui seul et non contre la femme que l'action devra être dirigée, c'est lui seul qui pourra y défendre.

Au surplus, en règle générale, celui qui a le droit d'intenter une action a à plus forte raison le droit d'y défendre, la réciproque n'étant pas toujours vraie. Le droit de défendre découle du droit d'intenter, il n'en est qu'une conséquence. On ne voit pas pourquoi ce principe général de notre droit ne régirait pas les actions dotales. C'est en ce dernier sens que paraît fixée la jurisprudence et que se prononce la majorité des auteurs. (1)

La femme dotale, avons-nous dit, ne pourra pas, pour exercer les actions concernant les biens dotaux, demander l'autorisation du mari; elle pourra encore bien moins, en cas de refus de la part de ce dernier, demander l'autorisation de justice. De là une nouvelle différence avec le régime de Communauté. Il est en effet de principe que si le mari se refuse à autoriser sa femme commune en biens, celle-ci pourra s'adresser aux tribunaux, et que les actes qu'elle accomplira alors, seront pleinement valables.

Les termes formels de l'article 1549 doivent faire interdire à la femme dotale la faculté de recourir à la justice. Les tribunaux ne peuvent que suppléer à l'autorisation du mari; c'est-à-dire que si celui-ci n'a pas le droit de donner valablement cette autorisation, ce que nous venons de démontrer, il en sera de même de la justice.

---

(1) Rodière et Pont, III, 1759; Troplong IV, 3107; Marcadé, s. 1549, II, p. 34; Aubry et Rau V, § 535 texte et note 7, p. 546; Guillouard, IV n° 1780 p. 103 et 104 et les autorités citées à la note précédente.

D'un autre côté, ce qui manque ici à la femme ce n'est pas, comme dans le cas ordinaire d'une femme mariée, une autorisation qui la rendra capable dans les termes du droit commun ; ce n'est pas parce qu'elle est classée parmi les personnes incapables qu'elle ne peut agir relativement à sa dot, mais bien parce que l'exercice de ses actions lui est formellement refusé. L'autorisation de justice pourrait bien effacer l'incapacité qui la frappe en tant que femme, mais elle ne pourrait faire qu'elle pût exercer un droit exclusivement et formellement réservé au mari, et au mari seul.

La règle consacrée par l'article 1549 est d'ailleurs contraire au droit commun, elle conduit en effet à refuser à un propriétaire un des attributs de sa qualité même, pour le donner à un simple administrateur. On pourrait peut-être souhaiter, sur ce sujet, une autre disposition, mais pour le moment la loi est ainsi faite et ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de la modifier. Elle s'explique par une réminiscence du droit romain. Le législateur tout en déclarant que le mari n'est plus comme autrefois propriétaire de la dot, lui laisse néanmoins, en grande partie, les pouvoirs dont il jouissait à Rome.

La seule ressource qui restera à la femme, si le mari se refuse à exercer les actions dotales, sera de demander la séparation et de recouvrer par là l'administration elle-même de ses biens. Nous réservons bien entendu le recours qu'elle pourra exercer contre son mari quand les pouvoirs de celui-ci prendront fin.

Cette règle d'après laquelle la femme ne peut pas exercer les actions dotales, avec la simple autorisation de justice est reconnue même par les auteurs, cités plus haut, qui admettent, à tort selon nous, qu'elle peut les exercer avec l'autorisation du mari.

De ce que nous venons de dire, on peut dégager la règle suivante : En ce qui concerne les actions dotales mobilières ou immobilières, possessoires ou pétitoires, le mari a seul qualité pour agir ; la femme même autorisée du mari ou de justice ne serait pas recevable à les exercer.

Subissant le sort général, cette règle reçoit quelques exceptions.

La première, contestée il est vrai, se rencontre à propos de l'action en partage.

En droit romain la question était résolue par une distinction. Le mari ne pouvait pas seul provoquer l'action en partage d'un fonds dotal indivis entre la femme et des tiers, mais il pouvait y défendre seul. *Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatam acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari* (1).

Cette solution était aussi suivie dans notre ancien droit. On considérait le partage comme une aliénation volontaire que le mari ne pouvait pas faire seul à cause du principe de l'inaliénabilité.

La distinction romaine ne pouvait pas être maintenue par le Code. Aujourd'hui c'est même au mari agissant avec le concours de la femme que l'aliénation de l'immeuble dotal est interdite, de sorte qu'on ne peut pas s'appuyer sur les règles de l'inaliénabilité.

La question est uniquement relative aux pouvoirs du mari ; l'article 818 la résout en disant : « A l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme ; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un partage provisionnel. — Les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif, qu'en mettant en cause le mari et la femme. » On a cependant contesté ce sens et soutenu que les dispositions de ce texte ne devaient pas s'appliquer au régime dotal (2). Les raisons invoquées dans ce système sont les suivantes :

L'article 818 a été rédigé à un moment où il n'y avait pas place dans le Code pour le régime dotal ; ses dispositions ne pouvaient donc avoir en vue ce régime auquel elles ne doivent pas être étendues.

---

(1) Loi 2, C. *De fundo dotali*, XXIII, II.

(2) Troplong, IV, 3108 et suiv.

L'action en partage était bien refusée au mari en Droit romain mais la raison en est qu'à Rome le partage était translatif de propriété, et toute aliénation étant interdite au mari il était très logique de décider qu'il ne pourrait pas plus aliéner par la voie détournée de l'action en partage que par tout autre moyen. Aujourd'hui le même motif de décider n'existe plus. D'après l'article 883 le partage n'est plus translatif, mais simplement déclaratif. On ne peut donc argumenter par analogie du Droit romain si ce n'est pour dire que, les causes étant différentes, les effets doivent aussi être différents.

L'action en partage ne faisant que déclarer un droit déjà préexistant, doit par cela même être rangée sur la même ligne que toute autre action réelle ; elle est comprise dans les actions visées par l'article 1549 ; le mari en a par conséquent seul l'exercice. Le concours que la femme apporterait au mari à ce sujet serait absolument inutile, inefficace.

Malgré ces raisons qui, au premier abord, paraissent assez spécieuses, nous ne pouvons nous ranger à cette opinion.

Tout d'abord il est bien difficile de dire si les rédacteurs en rédigeant l'article 818 pensaient ou non au régime dotal ; peut-être est-il possible qu'ils n'y aient pas songé, mais c'est là une simple supposition qui ne repose sur rien de sérieux, et nous sommes tout aussi autorisé à soutenir le contraire. En tout cas, ce n'est pas d'une simple probabilité qu'on peut tirer une affirmation aussi nette que celle du système que nous combattons, surtout quand à côté se rencontrent des textes formels en sens inverse.

Il faut bien admettre que les termes employés par l'article 818: *objets qui ne tombent pas en communauté*, sont des plus généraux et ne permettent aucune espèce de distinction. Le mari ne peut pas, en principe, exercer seul une action concernant des biens non communs ; telle est la règle posée par le législateur.

Pour qu'il en soit autrement il faut un texte comme l'article 1428, ou encore l'article 1549. S'il peut exercer les actions dotales, ce n'est qu'en vertu de l'article 1549. Ce pouvoir du mari devient ainsi sous le régime dotal la règle générale applicable par conséquent dans tous les cas où la loi n'en aura pas disposé autrement. Or, précisément pour l'action en partage, le législateur apporte une exception, il la réglemente dans un texte spécial, l'article 818. Peu importe que la dot ne tombe pas en communauté pour telle ou telle cause, sous tel ou tel régime. Ce que le législateur considère, c'est le fait que les biens ne tombent pas en communauté, et il décide que le partage de ces biens ne pourra être provoqué par le mari qu'avec le concours de la femme ; voilà le fait, le résultat voulu.

L'article 818, texte spécial, doit déroger à l'article 1549 qui pose la règle générale, en vertu de l'adage : *Specialia generalibus derogant.*

Notons, en outre, que les actions en partage sont ordinairement soumises à des règles exceptionnelles. Le pouvoir d'intenter une action quelconque en général n'implique pas toujours celui de provoquer un partage. Ainsi, un tuteur, bien qu'il ait le droit d'intenter seul les actions mobilières de son pupille, ne peut pas provoquer, sans l'autorisation du conseil de famille, le partage d'une succession même mobilière à lui échue (art. 465).

D'un autre côté, pour toutes les autres actions dotales, le mari a le même intérêt que la femme ; pour l'action en partage, les intérêts des deux époux sont différents. La femme a avantage à voir tomber dans son lot, des immeubles qui seront inaliénables ; le mari préfèrera, au contraire, y faire tomber des choses mobilières, particulièrement des choses fongibles, de l'argent, dont il deviendra propriétaire et dont il pourra en conséquence disposer à sa guise.

Quant à l'argument tiré de l'article 883 il ne nous paraît pas non plus bien sérieux. Réglant les effets du partage, ce texte décide que ces effets seront déclaratifs ; mais cette

fiction n'empêche pas que le partage suppose de la part de chaque copartageant renonciation à ses droits de propriété indivise sur les objets qui tombent dans les lots de ses copartageants. On est bien obligé d'admettre qu'il y a au moins renonciation, une sorte d'aliénation de certains des droits de propriété qui appartenaient à la femme.

Enfin, le partage entraîne souvent de graves questions de rapport et de préciput. Le Droit romain et notre ancien Droit conservent donc toute leur autorité et nous déciderons avec eux que le mari ne pourra provoquer le partage de biens dotaux indivis sans le concours de la femme (1).

Mais contrairement à la solution admise par l'ancien Droit nous croyons que le mari ne pourra pas plus défendre seul à une action en partage qu'il ne peut l'intenter ; il aura toujours besoin du concours de la femme.

« Il n'y a, dit M. Marcadé (s. art. 1549, III), en parlant de l'action en partage, aucune raison d'en douter (que le mari peut agir seul) quand il s'agit de défendre à l'action, puisque le droit a toujours existé pour ce cas, et que le Code ne fait que consacrer l'ancien état de choses. »

On ajoute que s'il y a à craindre que le mari qui provoque le partage des biens dotaux, ne le fasse au détriment de la femme, le même danger n'est pas à redouter lorqu'il ne fait que défendre à une action en partage intentée par les cohéritiers de celle-ci.

La loi romaine autorisait, il est vrai, le mari à défendre seul à l'action en partage, mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, dans tout partage il y a abandon d'un droit de propriété sur les objets indivis qui tombent dans d'autres lots, et acquisition d'un droit exclusif de propriété sur tel ou tel objet qui tombe dans le lot de la femme ; cet abandon doit nécessiter le concours de la femme.

---

(1) Rodière et Pont, III, 1761 ; Marcadé, s. art, 1549, III et s. art. 818, II ; Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 12, p. 548 et auteurs cités à cette note ; Colmet de Santerre, VI, nº 221 bis, IV ; Laurent, XXIII, nº 476 ; Guillouard, IV, nº 1787 et suiv., p. 110 à 113. — Bordeaux, 30 mai 1871, Sir., 71, 2, 147.

En somme dans toute action en partage, chaque partie est à la fois demanderesse et défenderesse ; et à ce point de vue il n'y a pas lieu de distinguer.

Les inconvénients qui peuvent résulter pour la femme d'un partage qui serait fait, le mari seul étant présent, sont moindres, nous le reconnaissons, quand ce dernier ne fait que défendre ; néanmoins le danger que court la dot est à peu près le même ; le mari bien que défendeur pourra toujours s'entendre avec les copartageants pour faire tomber dans le lot de la femme des meubles ou des choses consomptibles.

Que l'action soit intentée au nom de la femme, ou par ses cohéritiers, au point de vue juridique, le droit de la femme est le même, le mari ne doit donc pas avoir des pouvoirs plus étendus dans un cas que dans l'autre.

Toutes ces raisons suffiraient amplement pour faire adopter le système que nous soutenons. Mais il y a mieux. Le cas que nous examinons est spécialement prévu par un texte du Code, l'article 818 al. 2, qui décide que « les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif, qu'en mettant en cause *le mari et la femme* ». On ne peut donc pas prétendre que le mari peut agir seul en défendant quand le législateur a pris la peine de dire le contraire d'une façon aussi nette (1).

Notre conclusion sera donc que, soit en demandant, soit en défendant, le mari ne pourra jamais exercer l'action en partage sans le concours de la femme.

Mais cette condition suffira-t-elle, ou ne faudra-t-il pas en outre que le partage soit fait en justice ; en d'autres termes le partage ne pourra-t-il pas être amiable ? Non, répondent certains auteurs, il faudra nécessairement que le partage soit fait en justice (2). Il en était ainsi autrefois,

---

(1) Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 13, p. 548, auteurs et arrêts cités à la note précédente.

(2) Rodière et Pont, III, 1857 ; Marcadé, s. art. 1549, III, p. 35 et les arrêts qu'il cite.

et comme le Code n'a fait que consacrer l'ancien état de choses, il doit encore en être ainsi aujourd'hui. L'argument, on le voit, est le même qu'on invoquait déjà dans la discussion précédente ; nous l'avons réfuté, aussi ne nous y arrêterons-nous pas et nous déciderons que le partage peut fort bien se faire à l'amiable.

Les articles 819 et 838 accordent à tous les héritiers majeurs le droit de procéder à un partage amiable. En matière de partage, ces articles posent la règle générale ; aucun texte ne venant y déroger en ce qui concerne la femme dotale, leur disposition lui sera donc applicable.

D'un autre côté, d'après l'article 1558, al. 6, s'occupant comme on sait des cas où un immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice, la licitation de l'immeuble indivis avec des tiers devra se faire en justice *quand il est reconnu impartageable*. Donc si l'immeuble est *partageable*, il n'y aura pas lieu de recourir aux formalités judiciaires. C'est la solution vers laquelle semble incliner la jurisprudence la plus récente (1).

L'action en bornage bien qu'étant, comme l'action en partage, une action mixte, rentre dans le cadre d'application de l'article 1549, le mari pourra seul l'exercer. Faire procéder à un bornage est, en effet, un acte de large administration telle que l'entend la loi ; on peut même dire que c'est un acte de bonne administration. Les dangers que nous signalions à propos de l'action en partage ne seront pas à craindre ici pour la femme dont les intérêts seront aussi ceux du mari.

Une deuxième exception au principe que le mari a seul le droit d'agir se rencontre à propos de l'expropriation.

Puisque le mari a seul le droit d'agir, avons-nous dit, la femme ne pourra pas, en cas de refus de la part du mari d'exercer l'action, demander l'autorisation de justice ; sa

---

(1) Bordeaux, 29 avril 1856, Dall., 1856, 2, 202 ; Cass., 31 janvier 1859, Dall., 59, 1, 497.

seule ressource sera de demander la séparation de biens. Cependant, d'après l'article 2208, al. 2, « l'expropriation des immeubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté se poursuit contre le mari et la femme, laquelle, au refus du mari de procéder avec elle, ou si le mari est mineur, peut être autorisée en justice. » L'application de cette disposition au régime dotal a été contestée, comme celle de l'action en partage, par les mêmes auteurs et pour les mêmes raisons. Les arguments employés sont les mêmes et se réfutent aussi de la même façon ; nous ne pourrions donc que répéter ici ce que nous disions déjà à propos de l'article 818. Notons seulement qu'il est définitivement admis aujourd'hui, malgré le dissentiment de M. Troplong, que l'article 2208, aussi bien que l'article 818, doit s'appliquer au régime dotal. Si donc un tiers veut opérer une saisie sur les biens dotaux, la poursuite devra être dirigée en même temps contre le mari et contre la femme.

Enfin, et c'est là la troisième exception, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble dotal, si l'indemnité offerte par l'administration n'est pas acceptée, l'instance en règlement doit être introduite contre les deux époux. Cette exception résulte des articles 13, 25 et 28 de la loi du 3 mai 1841.

Par suite de la règle que le mari a seul pendant le mariage, ou du moins tant que la séparation de biens n'a pas été prononcée, l'exercice des actions dotales, c'est à lui seul qu'il fallait reconnaître, pendant la même durée, comme le fait le deuxième alinéa de l'article 1560, le droit de demander la nullité de l'aliénation d'un bien dotal.

C'est en sa qualité d'administrateur des biens dotaux, c'est comme mandataire de la femme qu'il peut exercer l'action tendant à faire révoquer l'aliénation du fonds dotal. Que la vente ait été faite par la femme seule ou avec le concours du mari, bien plus, qu'elle ait été faite par le mari lui-même, c'est toujours à lui seul qu'il appartiendra d'agir. On trouve là un droit qui parait à pre-

mière vue exorbitant et absolument contraire aux règles établies en matière de vente, par le Code

Qui doit garantie ne peut en effet évincer. Dans l'hypothèse où l'aliénation a été consentie par le mari seul, ce principe devrait le lier ; c'est lui qui a vendu, il doit donc garantie et ne peut évincer ; l'acquéreur pourra lui opposer l'exception de garantie : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

En décider ainsi serait faire entre les deux qualités, dont le mari est revêtu, une confusion regrettable et contraire aux textes. Si, en effet, le mari doit garantie et par conséquent ne peut évincer, c'est en sa qualité de vendeur, et pas de doute qu'en cette qualité, en agissant en son nom personnel, il ne puisse intenter l'action en nullité. Mais ce n'est pas comme vendeur, ce n'est pas en son nom personnel qu'il vient demander la nullité de l'aliénation, c'est en sa seconde qualité, de mandataire de la femme, et du chef de celle-ci, c'est comme chargé par l'article 1549 d'exercer toutes les actions dotales qu'il prétend évincer. L'acheteur ne pourra donc pas lui opposer, sous ce dernier aspect, l'exception de garantie. Le mari exerçant l'action en nullité comme mandataire légal de la femme est en droit un tiers par rapport au mari vendeur du fonds dotal.

Cette solution résulte d'abord de l'article 1560 lui-même qui suppose bien que le mari peut toujours demander la révocation de la vente sauf, le cas échéant, à être tenu de dommages et intérêts vis-à-vis de l'acheteur ; et aussi de la discussion de cet article au Conseil d'État.

Il n'est donc pas douteux que, pendant le mariage, le mari pourra toujours demander la nullité de l'aliénation, lors même qu'il serait tenu à garantie vis-à-vis de l'acheteur (1).

---

(1) Troplong, IV, n° 3525 ; Rodière et Pont, III, n° 1871 ; Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 31, p. 565 ; Colmet de Santerre, VI, n° 232 bis, XIX, p. 510 ; Guillouard, IV, n° 1895, p. 206 et 207. — Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404.

De ce que, dans l'exercice de l'action en nullité le mari n'est que le représentant de la femme, il suit que ses créanciers, pendant sa vie, et ses héritiers, après sa mort, n'auront aucun droit à poursuivre cette action en nullité. Les droits qui dérivent du mandat ne font pas, en effet, partie du patrimoine du mandataire et ne forment pas le gage commun des créanciers. Ceux-ci peuvent bien, en vertu de l'article 1166, intenter les actions pécuniaires qui sont dans le patrimoine du mari, mais ils ne peuvent pas exercer celles qui lui sont données comme chef de la famille. D'un autre côté, le mandat s'éteint par la mort du mandataire, les héritiers du mari ne pourront donc pas prétendre à l'action en nullité de l'article 1560.

Malgré le texte qui décide que le mari peut faire révoquer l'aliénation *pendant le mariage*, il est évident que ce droit cesse lors de la séparation de biens, le mariage continuant à subsister ; la femme reprend, à partir de la séparation, l'administration de tous ses biens à l'exclusion du mari et par suite l'exercice de ses actions. Les mots *pendant le mariage* auraient dû logiquement disparaître devant la dernière disposition du premier alinéa : « La femme aura le même droit après la séparation de biens ». Mais celle-ci ne fut ajoutée qu'après coup, sur la demande du Tribunat, et il est vraisemblable que les rédacteurs n'y ont pas songé. Ce point ne présente d'ailleurs aucune difficulté, et il est universellement reconnu que l'expression *pendant le mariage* est synonyme de celle-ci *tant que durent les pouvoirs du mari*.

Une certaine opinion a cependant contesté la règle elle-même et prétendu que, même avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, la femme pourrait aussi exercer l'action en nullité. C'est une conséquence nécessaire du système d'après lequel la femme dûment autorisée aurait, concurremment avec le mari, l'exercice de ses actions en général. Nous n'avons donc pas à revenir sur les arguments de ce système, arguments déjà présentés plus haut ; nous avons vu qu'ils n'étaient pas sérieux

et ne pouvaient avoir aucune portée. On ajoute que, pour le cas particulier qui nous occupe, l'article 1560 signifie non pas que la femme ne pourra pas agir avant la séparation, mais seulement qu'à la différence du mari elle aura la faculté de n'agir qu'après, sans avoir à redouter aucune prescription pendant le mariage.

Cette interprétation de l'article 1560, contraire tant à son esprit qu'à son texte, ne peut pas être acceptée. D'après les règles essentielles du régime dotal, et à moins de clause spéciale dans le contrat de mariage, la femme ne peut reprendre l'administration de ses biens et par conséquent l'exercice de ses actions, au plus tôt qu'après la séparation. Tant que celle-ci n'est pas prononcée, la femme ne peut mettre en mouvement aucune action dotale. En l'absence de tout texte, les principes généraux du régime dotal justifieraient suffisamment notre solution. Mais l'article 1560 est formel. Tout d'abord il ne s'était occupé que du droit de faire révoquer l'aliénation du fonds dotal : 1° pendant le mariage, et alors le mari seul pouvait agir ; 2° après la dissolution du mariage, et alors la femme ou ses héritiers pouvaient demander la révocation. On fit observer avec raison que les pouvoirs du mari prenaient fin non seulement par la dissolution du mariage, mais aussi par la séparation de biens ou de corps. Il s'en suivait que pendant l'intervalle qui aurait pu s'écouler entre la séparation et la dissolution, un doute aurait encore pu subsister sur la question de savoir à qui appartiendrait, pendant cet intervalle, l'exercice de l'action en révocation, puisque le mariage subsistait toujours et que, d'après l'article lui-même, cette action n'appartenait qu'au mari. C'est pour faire cesser toute équivoque qu'on ajouta la dernière phrase du premier alinéa : *La femme aura le même droit*, c'est-à-dire pourra faire révoquer l'aliénation *après la séparation de biens*, mais à partir de ce moment seulement ; elle ne le pourra donc tant que la séparation ne sera pas prononcée.

Il nous reste à examiner à propos des pouvoirs du mari

relativement à l'exercice des actions dotales, la question suivante :

Une demande relative aux droits de la femme est intentée ; ou encore le mari a introduit lui-même une demande de cette nature ; pourra-t-il acquiescer dans le premier cas, se désister dans le second ? D'une manière plus générale, le mari dotal peut-il transiger ?

L'affirmative est soutenue par un grand nombre d'auteurs et a été adoptée par la majorité des arrêts (1). Les raisons invoquées par les partisans de cette opinion sont d'ailleurs bien plus puissantes que celles que nous avons déjà rencontrées sur cette même question dans le régime de communauté. Le mari dotal a en effet des pouvoirs beaucoup plus étendus que le mari commun. C'est ainsi, nous l'avons vu, qu'il peut seul exercer toutes les actions relatives aux biens dotaux mobilières ou immobilières. Ayant le droit d'intenter ces actions, le mari, dit-on, peut à plus forte raison les arrêter ou les prévenir en transigeant.

D'après une opinion intermédiaire la question devrait se résoudre par une distinction (2). La transaction contient-elle aliénation du bien dotal, le mari ne pourra pas la faire ; n'entraîne-t-elle au contraire aucune aliénation, elle rentrera dans ses pouvoirs.

« Malgré l'adage *qui transigit alienat*, dit l'éminent auteur, il est certain que la transaction n'est pas toujours un acte d'aliénation ; souvent le traité qui a pour but et pour effet d'arrêter ou de prévenir un procès par quelques concessions réciproques peut n'être, au fond, de la part du mari dotal, qu'un acte d'excellente administration, fort avantageux, et où il serait impossible d'apercevoir aucune aliénation ni diminution de la dot. En conséquence, on a toujours admis que le mari peut transiger, si sa transac-

---

(1) Aubry et Rau, V, § 537 bis, note 8, et arrêts cités dans cette note, p. 600.

(2) Marcadé, s. art. 1549, IV, p. 36.

tion ne contient point aliénation du bien dotal. Et puisque telle a toujours été la règle suivie, c'est donc elle qu'il faut suivre encore. »

En ce qui concerne la dot mobilière, le mari pourrait toujours transiger. C'est une conséquence logique et forcée du système qui reconnaît au mari le droit d'aliéner les meubles dotaux sans le concours de la femme.

Pour notre part nous ne saurions admettre une telle solution, même avec le tempérament qu'on y apporte dans le deuxième système. Toutes les raisons invoquées ne sont pas satisfaisantes et viennent, ce nous semble, se briser devant le texte formel et absolu de l'article 2045, siège de la matière et ainsi conçu : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » Il est bien certain, en ce qui concerne les immeubles, que le mari n'a pas cette capacité de disposer qu'exige notre article ; toute transaction relative à ces biens doit donc lui être interdite.

Pour reconnaître au mari le droit de transiger en matière mobilière on raisonne de la façon suivante : Le mari a le droit d'aliéner les meubles dotaux, il remplit donc la condition exigée par l'article 2045 et pourra par conséquent transiger. Voici notre réponse. Le point de départ de ce raisonnement est faux. Nous verrons en effet dans la section suivante, que selon nous, le mari ne peut pas plus aliéner les meubles qu'il ne peut aliéner les immeubles et ce, par la simple raison qu'il n'est pas plus propriétaire des uns que des autres. Dès lors le mari ne remplit pas les conditions exigées par la loi pour transiger ; la transaction concernant la dot mobilière doit donc lui être interdite.

En résumé le mari ne pourra transiger ni sur les immeubles ni sur les meubles dotaux, il ne le pourrait même pas quant aux immeubles du consentement de la femme, car celle-ci n'a pas non plus la capacité de disposer du fonds dotal. Dans le système que nous adopterons sur l'aliénabilité de la dot mobilière, le mari pourrait au con-

traire transiger relativement à cette dot, avec le concours de la femme.

Il peut y avoir des inconvénients dans cette interdiction absolue de transiger, mais la loi est telle et il n'appartient pas à l'interprète de la modifier (1).

Il faudrait cependant en décider autrement si le contrat de mariage permettait au mari de transiger ou si la transaction n'avait pas pour résultat d'entamer la dot, par exemple si la femme, pour conserver des biens dotaux, s'engageait sur ses paraphernaux (2).

Quand il s'agit de savoir si le mari peut compromettre, la question n'est plus discutée. Tout le monde est d'accord pour lui refuser ce droit, car le compromis est un acte bien plus grave que la transaction. On ne pourrait même pas, pour reconnaître au mari le droit de compromettre, s'appuyer sur l'article 1549, qui ne l'autorise à exercer une action que devant les tribunaux ordinaires et réguliers et non devant un tribunal arbitral, dont la composition peut n'offrir aucune sécurité.

Section III. — Des actes d'aliénation.

L'étude de cette section se divise naturellement en deux parties principales : 1° Pouvoirs du mari sur les immeubles dotaux ; 2° Pouvoirs du mari sur la dot mobilière.

§ I. — Des pouvoirs du mari sur les immeubles dotaux.

D'après l'article 1554 qui pose le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, inaliénabilité qui selon la jurisprudence devrait même être étendue à la dot mobilière, cette inaliénabilité paraît produire ses effets à l'égard

(1) Tessier, I, p. 367 et note 566 ; M. P. Lombard, à son cours.
(2) Caen, 3 mars 1860. Dall., 60, 2, 65.

de la femme agissant seule ou avec le concours du mari, et aussi à l'égard du mari agissant seul. En réalité l'inaliénabilité des immeubles dotaux n'influe en rien sur les droits que le mari peut avoir à leur sujet (1). Il ne peut pas aliéner un immeuble dotal, non pas parce que la loi déclare les immeubles dotaux inaliénables, mais en vertu de cette règle élémentaire, qu'on ne peut aliéner une chose dont on n'est pas propriétaire. Si le mari, outrepassant ainsi ses droits avait aliéné un immeuble, l'aliénation serait nulle, et la nullité serait celle de l'article 1599. « La vente de la chose d'autrui est nulle. » L'article 1544 n'aurait donc pas dû viser le cas où le mari agit seul. On a cherché cependant à en trouver une application à propos du droit de jouissance du mari. La jouissance des immeubles dotaux, dit-on, appartient en effet à celui-ci : il est à cet égard réellement propriétaire; d'après les principes généraux il pourrait donc valablement aliéner. C'est précisément de ce droit de jouissance que s'occupe ici la loi, en décidant que l'aliénation que pourrait en faire le mari sera nulle, non plus alors en vertu de l'article 1599, mais en vertu de l'article 1554 lui-même, lequel déclare ce droit de jouissance inaliénable. On voit donc que la disposition relative au mari a une certaine utilité qui justifie sa présence dans le texte et que c'est avec raison que notre article s'occupe du cas où le mari agirait seul. Mais il ne faut pas oublier que l'inaliénabilité n'a pour but de protéger que le fonds dotal lui-même et nullement le droit de jouissance du mari, droit qui, croyons-nous, pourra toujours être aliéné, du moins quant au surplus non nécessaire aux besoins du ménage.

« Si on s'est expliqué sur ce point, dit M. Colmet de Santerre (VI, n° 226 *bis*, III, p. 473), c'est d'abord qu'on avait fait une observation semblable et également inutile à propos des propres de la femme commune (art. 1428). Et

---

(1) Rennes 4 mars 1880, Dall., 81, 2, 210; Cass. 13 février 1880, Dall., 84, 1, 325.

peut-être a-t-on été entraîné à faire une opposition entre le droit français et l'ancien droit romain, où le mari *dominus dotis* pouvait aliéner le fonds dotal sans le concours de la femme ».

Le mari ne peut donc aliéner l'immeuble dotal parce qu'il n'en est pas propriétaire. Par application des principes généraux, la femme pourrait lui donner ce pouvoir par mandat. C'est alors ici, et ici seulement qu'apparaît le principe de l'inaliénabilité. La femme ne pourra pas donner un mandat valable à son mari, parce que l'immeuble dotal est déclaré inaliénable par la loi. Il faut cependant apporter à cette règle générale un tempérament. Il est certains cas où un immeuble dotal rentre sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire qu'il devient par exception aliénable ; si la femme donne alors au mari, dans un de ces cas limitativement déterminés, mandat d'aliéner, l'aliénation que fera le mari sera parfaitement valable.

Nous sommes ainsi amené à énumérer très rapidement les cas dans lesquels le fonds dotal pourra être aliéné. Ces exceptions peuvent résulter soit de la convention, soit de la loi.

L'inaliénabilité existe de plein droit sous le régime dotal, elle est de la nature de ce régime, mais non de son essence. Les parties peuvent donc très bien l'écarter entièrement ou partiellement et permettre, par exemple, l'hypothèque sur le fonds dotal (art. 1387 et 1557).

Malgré la généralité du terme d'*aliéner*, nous croyons, avec la grande majorité des auteurs et avec la jurisprudence, que la stipulation que les immeubles pourront être aliénés, ne suffirait pas pour en permettre l'hypothèque (1).

---

(1) Rodière et Pont III, nos 1780 et 1781 ; Marcadé, s. art. 1557, II, p. 83 ; Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 60, p. 575 ; Colmet de Santerre, VI, no 229 bis, VI, p. 484-485 ; Laurent, XXIII, no 517, p. 239 ; Guillouard, IV, nos 1942 et 1943, p. 252 à 255. — Cass., 1er décembre 1868, Sir., 69, 1, 59 ; Caen, 1er avril 1876, Sir. 76, 2, 291.

Il reste entendu que les époux pourraient se réserver le droit d'hypothéquer le fonds dotal par une clause expresse, et que cette faculté d'hypothéquer ne suffirait pas pour permettre l'aliénation (1).

La faculté d'aliéner peut aussi résulter de la loi mais seulement dans les cas spécialement prévus et indiqués par elle.

Nous nous contenterons de renvoyer aux articles 1555, 1556, 1558 et 1559 dans le détail desquels nous n'avons pas à entrer.

Bien que l'énumération donnée par la loi soit certainement limitative, on admet généralement une autre exception relative aux obligations nées d'un délit ou d'un quasi-délit commis par la femme pendant la durée du mariage. L'exécution de ces obligations peut être poursuivie sur les immeubles dotaux, au moins sur la nue-propriété, le droit de jouissance du mari devant être respecté. Par l'adoption du régime dotal, la femme n'a pu s'assurer le droit de nuire impunément à autrui, ce serait une stipulation immorale (2).

En matière immobilière, le principe est donc que le mari ne peut aliéner.

Mais il peut se faire qu'outrepassant ses droits, le mari vende un immeuble dotal. Pour savoir quelles seront les conséquences de cet acte, il faut distinguer selon que le mari a vendu l'immeuble comme lui appartenant, ou qu'il l'a vendu comme dotal. Dans l'un et dans l'autre cas, nous supposons nécessairement que le mari n'avait pas reçu de mandat de la femme.

I. — *Le mari a vendu l'immeuble comme lui appartenant.* — Bien que cette hypothèse soit comprise dans celles prévues par l'article 1560, il n'y a pas lieu d'appli-

---

(1) Auteurs cités à la note précédente et Cass., 13 décembre 1853., Sir., 54, 1, 17 ; 18 novembre 1862, Dall., 62, 1, 476.

(2) Cass., 16 février 1880. Sir., 81, 1, 351 ; Rouen, 28 mars 1881, Sir., 82, 2, 41.

quer la sanction dont parle cet article. La remarque que nous avons déjà faite à propos de l'article 1554 se représente encore ici. La vente ainsi faite par le mari est nulle non par suite de l'inaliénabilité édictée par l'article 1554 et sanctionnée par l'article 1560, mais, en vertu du principe que, pour pouvoir aliéner, il faut être propriétaire et que nul ne peut vendre la chose d'autrui. La femme n'aura donc pas besoin, pour faire tomber la vente consentie dans ces conditions, d'intenter une action en nullité, elle n'aura qu'à exercer l'action en revendication et elle aura à cela un grand avantage. L'action en revendication ne peut être en effet paralysée que par l'effet d'une prescription acquisitive et celle-ci exige que l'acquéreur soit entré en possession et qu'il y soit resté selon les circonstances de 10 à 20 ans (art. 2265) ou, ce qui arrivera le plus souvent, pendant 30 ans (art. 2262), tandis que l'action en nullité ne suppose que la prescription extinctive, qu'elle n'exige pas la possession, et en tout cas s'éteint toujours par le délai de 10 ans.

Cette solution est admise, même par les auteurs qui, comme nous allons le voir bientôt, prétendent qu'en cas de vente par le mari d'un immeuble comme dotal, il n'y a plus lieu à l'action en revendication mais à l'action en nullité.

La vente faite dans ces conditions étant une vente faite *a non domino*, il s'en suit que l'acheteur lui-même, en vertu de l'article 1599, pourra en demander la nullité.

Quant au mari il ne sera pas dans la situation d'un *non dominus* quelconque, car celui-ci ne peut pas invoquer la nullité de la vente par lui consentie du bien d'autrui, tandis que le mari peut demander la nullité de la vente par lui faite d'un immeuble dotal, et c'est même à lui seul, qu'appartient ce droit pendant la durée du mariage, car lui seul a, pendant ce temps, l'exercice des actions dotales. Ici encore apparaît la dualité de personnes qui se rencontre chez le mari : vendeur et chef du ménage.

Enfin le mari qui a vendu l'immeuble comme lui appartenant doit rembourser à l'acquéreur son prix de vente, et en outre, demeure sujet envers lui à des dommages-intérêts (Art. 1560, al. 2).

II. — *Le mari a vendu l'immeuble comme dotal.* — D'après certains auteurs, il ne naîtrait dans ce cas au profit de la femme qu'une action en nullité c'est-à-dire qu'il faudrait appliquer exclusivement l'article 1560.

Si, dit-on, cet article ne concerne pas le cas où le mari a vendu l'immeuble comme sien et si par suite la femme a alors, par application de l'article 1599, l'action en revendication, il vise au contraire notre hypothèse. Or la loi assimile notre cas à celui où la vente est faite par la femme, et n'ouvre à celle-ci que l'action en nullité.

L'article 1560 vise trois cas différents : celui où la vente du bien dotal a été consentie par le mari (ce qui dit-on suppose nécessairement que le mari a déclaré la dotalité), celui où elle a été faite par la femme, enfin celui où elle a été faite par les deux époux conjointement, et dans ces trois cas elle édicte la même règle à savoir qu'il y a lieu de faire révoquer l'aliénation. On entend par là, quand la femme a concouru à la vente, qu'il faut procéder par voie d'action en nullité; c'est donc aussi par la voie d'action en nullité qu'il faudra procéder pour le cas, de tous points placé sur la même ligne, où l'aliénation a été consentie par le mari seul.

Bien qu'ayant agi seul, le mari est considéré par la loi comme le représentant de la femme et non comme ayant vendu la chose d'autrui. L'influence du Droit romain se fait encore sentir ici. Le mari n'est plus, il est vrai, *dominus dotis*, mais ses pouvoirs sont encore aujourd'hui assez étendus, pour qu'on puisse le considérer comme représentant la femme dans les aliénations qu'il fait sans son concours (1).

---

(1) Marcadé, s. art. 1560, 1. p. 88. (Cet auteur admet cette solution, même quand le mari a vendu l'immeuble comme sien, car il ne distingue pas). Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 39, p. 568.

Cette manière de voir nous paraît inacceptable. Voici d'abord quelle réponse on fait dans un système que, pour notre compte, nous n'adoptons pas entièrement et d'après lequel le mari ne pourrait pas, même pour le surplus non nécessaire aux besoins de la famille, aliéner son droit de jouissance sur le fonds dotal.

L'article 1560 ne s'est pas plus occupé de l'hypothèse où le mari a vendu l'immeuble en déclarant qu'il était dotal que de celle où il l'a vendu comme sien ; dans l'un comme dans l'autre cas l'article qui résout la question est l'article 1599 puisque dans les deux cas il a vendu la chose d'autrui. Mais objecte-t-on, en ce qui concerne le mari agissant seul, l'article 1560 ne recevra plus aucune application, et cependant il parle de la vente faite par le mari seul. Va-t-on ainsi rayer d'un trait de plume une disposition de la loi? On répond que cette disposition relative au mari ne sera pas le moins du monde inutile, et que si elle ne s'applique pas aux immeubles eux-mêmes elle s'appliquera au contraire au droit de jouissance du mari. Reste toujours, en effet ce droit de jouissance, cet usufruit qui est immobilier, un immeuble dotal. C'est cet usufruit que par application de la règle de l'inaliénabilité, le mari ne peut pas aliéner bien que ce soit sa chose. S'il le cède, il faudra pour en faire tomber l'aliénation, intenter l'action en nullité dont parle l'article 1560, qui conserve ainsi son utilité dans toutes ses propositions (1).

Nous pouvons, nous aussi, invoquer la première partie de ce raisonnement. Quant à la réponse à l'objection tirée de la disposition de l'article 1560 relative au mari agissant seul, nous croyons qu'il est plus vrai de dire que, de même que dans les articles 1428 et 1554, la loi a édicté une règle parfaitement inutile et qui ne s'explique que par l'intention du législateur de bien montrer l'opposition

(1) Colmet de Santerre, VI, n° 226 bis, IX, p. 477 ; Baudry-Lacantinerie, III, n° 407, p. 253.

qui existe entre notre Droit actuel et l'ancien Droit romain.

Rien ne prouve d'ailleurs que notre texte ait distingué les deux cas que nous avons séparés, et si, comme tous les auteurs l'admettent, il est vrai que dans le cas où le mari a vendu l'immeuble comme sien, la femme a bien l'action en revendication, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour le cas où le mari a vendu l'immeuble comme dotal. La loi ne distingue pas et ce qui est vrai pour un cas doit l'être également pour l'autre. Rien n'autorise à supposer que pour le dernier cas la loi écarte l'action en revendication, pour ne laisser à la femme que l'action en nullité.

Notre article ne parle pas d'ailleurs *d'action en nullité* ou en rescision, mais *du droit de faire révoquer l'aliénation*, c'est-à-dire de la faire tenir pour non avenue ; ce qui est bien différent. On peut obtenir ce résultat aussi bien en revendiquant qu'en intentant une action en nullité. Le mot révoquer est aussi employé dans d'autres cas où il ne s'agit pas de nullité, par exemple dans l'article 960 où la révocation consiste dans l'anéantissement de plein droit d'une donation, et où le donateur pour faire valoir cette révocation aura certainement l'action en revendication.

Notre conclusion est donc que la femme, ici encore, aura le choix entre l'action en nullité et l'action en revendication.

Ce n'est pas à dire qu'il faille assimiler complètement le mari qui a vendu l'immeuble comme dotal, à un étranger ordinaire ayant vendu la chose d'autrui. Il existe entre eux la différence suivante : si un étranger a vendu la chose d'autrui, l'acheteur peut demander la nullité de la vente ; nous lui refuserons au contraire ce droit quand la vente d'un immeuble dotal a été faite par le mari. Dans ce dernier cas, c'est en sa qualité de chef du ménage que le mari a vendu, et, par hypothèse, il n'a pas laissé ignorer à l'acheteur que l'immeuble était dotal. L'acquéreur savait

donc qu'il ne se trouvait qu'en face d'un simple administrateur sans pouvoir d'aliéner, ne pouvant que promettre la ratification de la femme. S'il a traité dans ces conditions, c'est à ses risques et périls, il ne pourra donc pas demander la nullité de la vente.

Mais tant que le mari n'exécutera pas le contrat en apportant la ratification de la femme, l'acheteur pourra, de son côté, refuser de payer son prix ; ou, usant de la faculté qui lui est reconnue par l'article 1653, il pourra encore refuser de payer, la vente étant annulable pour cause d'inaliénabilité. Il a, en effet, juste sujet de crainte d'être troublé, ce qui suffit pour lui rendre cet article applicable.

Il faut même aller plus loin et décider que l'acheteur pourrait demander la nullité de la vente si le mari avait employé des manœuvres dolosives pour le tromper sur la véritable nature de l'immeuble : *Fraus omnia corrumpit*. Peu importera alors que l'immeuble vendu soit dotal ou non, ce qui donne à l'acheteur le droit de demander la nullité c'est que le contrat est vicié. L'action en nullité qu'il exercera, sera, non pas celle de l'article 1560 mais celle de l'article 1116 ainsi conçu : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

Comme dans le cas où il a vendu le fonds dotal comme lui appartenant, le mari doit, si la vente vient à être annulée, restituer le prix à l'acheteur, mais il n'est plus tenu envers lui à des dommages et intérêts ; l'article 1560, al. 2, l'en exempte formellement.

Que décider dans le cas où, sans déclaration du mari, le tiers a connu la dotalité du bien à lui vendu ?

Nous croyons que le mari sera encore tenu à des dommages et intérêts envers l'acheteur. Cette solution est commandée d'abord par les travaux préparatoires desquels il résulte de la façon la plus claire que le fait que l'acheteur connaîtrait ou non la dotalité du bien, au-

trement que par la déclaration du mari, ne pourrait influer en rien sur les obligations de ce dernier.

On objecte que dans notre système, l'aveu même de l'acquéreur qu'il connaissait la dotalité, et que c'est par suite d'un accord entre lui et le mari qu'elle n'a point été déclarée au contrat, ne soustrairait pas ce dernier à l'obligation de garantie. Or, c'est là, dit-on un résultat inecceptable.

Raison de plus, répondrons-nous, ponr que le mari soit dans ce cas tenu à des dommages-intérêts. Il a commis une faute en ne déclarant pas, comme l'exige la loi, la dotalité dans le contrat, rien donc d'étonnant à ce qu'il soit tenu à des dommages-intérêts. S'il voulait éviter ce résultat il avait un moyen bien simple, faire la déclaration nécessaire de dotalité ; il ne l'a pas faite, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même (1). Notre solution correspond d'ailleurs bien mieux à l'esprit de la loi qui est, ainsi que le faisait déjà remarquer la section de législation du Tribunat, de détourner le mari du dessein de vendre le bien dotal.

Le seul cas d'exemption de dommages et intérêts est donc celui où le mari a eu soin de déclarer la dotalité.

III. — *Le mari a concouru à la vente.* — S'il fait révoquer l'aliénation, il est tenu de restituer le prix à l'acquéreur, il peut en outre être recherché comme garant en ce sens qu'il sera tenu de payer des dommages-intérêts à l'acquéreur évincé s'il n'a pas déclaré la dotalité, qu'il ait ou non garanti la vente.

D'après quelques auteurs, le mari qui se serait soumis à la garantie d'éviction, ou aurait promis de faire ratifier la vente après la dissolution du mariage, devrait dans tous les cas des dommages et intérêts, peu importerait la présence ou l'absence dans l'acte d'une clause de déclaration de dotalité (2).

---

(1) Marcadé, s. art. 1560, III, p. 90 ; Baudry-Lacantinerie, III, nº 399, p. 249. — *Contrà* : Colmet de Santerre, 232 bis, XVIII, p. 509 ; Aubry et Rau, V. § 537, note 47, p. 571 ; Guillouard, IV, nº 1921, p. 233.

(2) Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 46, p. 570 ; Guillouard, IV, nº 1920, p. 230.

Une telle solution ne nous semble pas cependant devoir être admise. L'article 1560 s'occupant du cas où le mari dotal peut être tenu à des dommages-intérêts décide qu'il n'en sera tenu *que s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal* et dans ce cas seulement. Décider, comme on le fait dans le premier système, que le mari pourrait être tenu à des dommages-intérêts même s'il a déclaré la dotalité du fonds dotal, par ce fait seul qu'il aurait garanti la vente, serait non seulement régler une hypothèse non prévue par le texte, mais encore aller à l'encontre même de ce texte. C'est, nous le répétons, dans le cas où il n'a pas déclaré la dotalité, et dans ce cas seulement, qu'il pourra être tenu à des dommages et intérêts (1).

Effets d'une vente consentie par le mari seul.

Nous avons dit qu'en principe une telle vente était nulle, le mari n'étant pas propriétaire. Mais il pourra arriver qu'elle devienne parfaitement valable et produise alors tous ses effets.

Il en sera ainsi d'abord si la femme ratifie, ce qu'elle pourra faire, soit expressément, soit tacitement (art. 1338). Il est bien certain que la ratification du mari ne pourrait produire aucun effet. N'étant pas propriétaire le mari ne peut pas plus ratifier qu'aliéner (2).

Si la femme ratifiait pendant le mariage, on retomberait dans le cas d'une vente faite par la femme elle-même, et l'aliénation nulle à l'origine comme consentie *a non domino*, deviendrait nulle par application des règles de l'inaliénabilité de l'article 1554. Si cependant la femme avait stipulé dans le contrat de mariage que l'immeuble ainsi vendu par le mari serait aliénable, il faudrait admettre la validité de la ratification qu'elle ferait même pendant la durée du mariage. Elle aurait dans ce cas le pouvoir d'aliéner l'immeuble, avec l'autorisation ordinaire, elle doit

---

(1) Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404.
(2) Laurent, XXIII, n° 510 et note 2.

donc avoir, à plus forte raison, celui d'en ratifier l'aliénation irrégulière consentie par le mari seul (1).

Pour être valable, et sauf l'exception que nous venons d'indiquer, la ratification de la femme devra donc intervenir à un moment où celle-ci aura recouvré le droit d'aliénation, c'est-à-dire après la dissolution du mariage et non après la séparation de biens, l'inaliénabilité subsistant encore dans ce dernier cas.

D'après M. Laurent (XXIII, n° 511), la ratification faite par la femme, même dans ces conditions, ne peut produire aucun effet; car s'il est vrai que la ratification équivaut au mandat, il faut que le tiers ait agi au nom du maître; or, ici le mari a agi en son nom personnel; « le consentement ou l'approbation donnée par la femme sera, à vrai dire, une vente nouvelle ». Mais cette opinion est restée isolée et il vaut mieux admettre avec la grande majorité des auteurs que la ratification de la vente est possible (2).

Outre la ratification, il est une seconde cause qui peut valider la vente d'un immeuble dotal consentie par le mari seul ; c'est la prescription.

Cette prescription devra remplir les conditions de l'article 2229, c'est-à-dire être continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire; sa durée sera nécessairement de 30 ans. Pour pouvoir prescrire par 10 ou 20 ans, il faut, en effet, qu'il y ait de la part du possesseur, bonne foi, croyance que celui avec qui il a traité était le véritable propriétaire. Or, l'acheteur savait parfaitement quand il a traité, que le mari n'était pas propriétaire, puisque l'espèce suppose que le mari a vendu l'immeuble comme dotal. Il ne pourra pas prétendre qu'il croyait le mari capable d'aliéner par cela même

---

(1) Cass., 1er mars 1870, Dall. 70, 1, 331.

(2) Troplong, IV, n° 3565 et suiv. ; Rodière et Pont, III, n° 1882, et suiv. ; Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 36 et 37, p. 567 ; Colmet de Santerre, VI, n° 232 bis, XXII, p. 511 ; Guillouard, IV, nos 1906 et suiv., p. 217 et suiv.

que celui-ci était administrateur; une semblable erreur ne pourra jamais servir de base à la bonne foi et permettre la prescription de 10 à 20 ans (1).

Le point de départ de cette prescription doit être la dissolution du mariage et non la séparation de biens, quoi qu'à partir de ce moment le fonds dotal devienne prescriptible (2).

Dans un autre système, la prescription commencerait à courir dès la séparation de biens (3).

La femme est-elle tenue à garantie envers l'acquéreur évincé ?

Contrairement à ce que nous avons décidé en pareil cas pour la femme commune, nous pensons que la femme ne doit être tenue à aucune garantie pour ses biens dotaux.

Cela est clair d'abord si la vente a été consentie par le mari seul, et même si la femme a concouru à la vente. La combinaison des deux alinéas de l'article 1560 montre bien, en effet, que la loi a voulu faire une situation particulière à la femme à propos des dommages et intérêts, en en déclarant passible le mari seul (4).

Mais que décider si la femme a expressément contracté envers l'acquéreur l'obligation de garantie? En ce qui concerne les biens dotaux, la question ne souffre aucune difficulté et il est universellement reconnu que la femme ne sera tenu à aucune garantie sur ses biens dotaux. Mais pour ce qui est des biens paraphernaux la question est, au contraire, vivement controversée.

---

(1) Laurent, XXIII, nº 504 ; Rodière et Pont, III, nº 1894 ; Colmet de Santerre, VI, nºs 232 bis, XXII. — *Contrà* : Aubry et Rau, V, § 537 texte et note 39, p, 567 ; Guillouard, IV, nº 1912, p. 223.

(2) Marcadé, s. art. 1561, II ; Rodière et Pont, III, nº 1892 ; Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 40, p. 568 ; Guillouard, IV, nº 1913, p. 225 et 226.

(3) Troplong, IV, nºs 3375 et suiv. ; Colmet de Santerre, VI, nº 232 bis, XXXII, p. 516 et 517.

(4) Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 49, p. 571 ; Montpellier, 8 février 1869, Sir., 69, 2, 49.

Une opinion soutenue par quelques auteurs et consacrée par des arrêts assez nombreux, décide que cette garantie ne lie la femme ni en aucun cas ni sur aucun de ses biens (1).

« Telle était, dit M. Marcadé, la règle du droit romain. Il faut, disait Justinien, que la femme soit complètement indemne, que tout ce qui s'est dit ou fait soit pour elle non avenu, et que le recours qu'il est juste d'accorder sur les biens non dotaux aux acquéreurs évincés ne s'exerce que contre les maris (nov. 61, § 2 et 4). Rien dans le Code n'indique un changement à ce principe d'irresponsabilité de la femme, qui en faisant une chose nulle quant à la clause principale de son contrat (la vente de son bien dotal) a par là même fait une chose nulle dans la clause accessoire de garantie par laquelle on voulait rendre la première efficace ».

On ajoute que la loi n'a pas édicté de garantie pour la femme parce que, à cause de l'inaliénabilité, on ne doit pas l'exposer à ce danger de laisser subsister l'aliénation dans la crainte de se voir poursuivre sur ses autres biens. Or, dit-on, la garantie conventionnelle ne peut produire plus d'effets que la garantie légale, elle ne peut donc contraindre indirectement la femme à respecter la vente du bien dotal. Toute garantie conventionnelle devra donc être nulle et de nul effet.

Malgré ces raisons, nous ne pouvons admettre que la garantie, à laquelle s'est expressément soumise la femme dans l'acte de vente, puisse rester sans effets.

Si la femme ne peut pas s'obliger sur ses biens dotaux, elle le peut au contraire très bien sur ses paraphernaux, ainsi que sur les biens qui pourraient lui advenir après la dissolution du mariage ; rien ne s'oppose donc à ce que la garantie, à laquelle elle s'est soumise, s'exécute sur les paraphernaux.

---

(1) Troplong, IV, n° 3544; Marcadé, s. art. 1560, IV, p. 92. — Limoges, 10 février 1844, Sir., 45, 2, 28 ; Agen, 17 juillet 1848. Sir., 48, 2, 602. — Gide, Revue critique, 1866, p. 89.

Quant à l'objection tirée de ce que la femme pourra laisser subsister l'aliénation, et qu'elle préfèrera même agir ainsi pour ne pas être poursuivie sur ses paraphernaux, elle ne nous semble pas très sérieuse et reste en outre en dehors de la question. La loi ne s'est occupée que d'une chose, conserver la dot, et nullement protéger les biens paraphernaux. Tout ce que dit l'article 1560, c'est que la femme ne peut être tenue à des dommages et intérêts par le seul fait de la vente et de la non déclaration de dotalité, il ne s'occupe en rien des paraphernaux ; on rentre donc à l'égard de ces derniers sous l'application du droit commun.

Décider comme le font les partisans du premier système que l'obligation de garantie ne pourra pas s'exécuter même sur les paraphernaux, serait étendre arbitrairement à ces derniers la protection que la loi n'accorde qu'aux biens dotaux (1).

La femme n'est même pas tenue en principe de rembourser à l'acquéreur le prix d'acquisition. Cependant si la somme qu'elle a touchée n'avait pas été dissipée, ou encore avait été utilement employée, il faudrait par application de l'article 1312 décider qu'elle devra la rendre, au moins dans la mesure où elle en aura profité. Nul ne peut, en effet, s'enrichir aux dépens d'autrui.

En tout cas ce serait à l'acheteur à faire la preuve du profit retiré par la femme ; la restitution se fera alors sur les paraphernaux (2).

---

(1) Rodière et Pont, III, n° 1880 ; Aubry et Rau, V. § 537, texte et note 32, p. 565 et texte et note, p. 571. Colmet de Santerre, VI, n°s 226 bis, VII, p. 476 et 232 bis, XXI, p. 511 ; Guillouard, IV, n°s 1902 et suiv., p. 213 et suiv. — Cass., 20 juin, 1853, Dall., 53, 149, 265 ; Montpellier, 2 mai 1854, Sir., 54, 2, 687.

(2) Aubry et Rau, V. § 537, texte et note 50, p. 571 ; Colmet de Santerre, VI, n° 232 bis, XX, p. 510. — Pau, 27 juin 1867. Dall., 68, 2, 237.

§ II. — Des pouvoirs du mari sur la dot mobilière.

Nous venons de voir que, pas plus sous le régime dotal que sous le régime de communauté, le mari ne pouvait aliéner les immeubles propres de la femme.

Nous avons vu également que dans ce dernier régime, il fallait admettre que le mari ne pouvait pas non plus en principe aliéner les meubles qui par exception restaient propres à la femme. Nous avons à nous demander maintenant si cette même règle doit s'appliquer pour les meubles dotaux. La question bien plus importante ici que sous le régime de communauté (puisqu'il peut y avoir, et qu'il y a dans le fait, une bien plus grande quantité de meubles dotaux que de meubles restant propres à la femme commune) est aussi beaucoup plus vivement discutée, en théorie du moins, et nos adversaires trouvent ici un appui énorme dans la jurisprudence.

Il faut tout d'abord écarter du débat les meubles dont le mari devient propriétaire et dont nous avons donné l'énumération au commencement de ce chapitre. Il est trop évident que le mari a le droit de les aliéner ; ce point n'est d'ailleurs pas contesté.

La question ne se pose donc, que pour les autres meubles dotaux dont la propriété est restée à la femme et dont l'aliénation dépasse les pouvoirs d'un administrateur ordinaire, mais alors elle se pose dans toute son étendue et avec son extrême importance.

La règle que, pour pouvoir aliéner il faut être propriétaire, nous a conduit à décider que le mari commun ne pouvait pas aliéner les meubles propres de sa femme. Cette règle, vraie aussi sous le régime dotal, comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, en ce qui concerne les immeubles, doit encore, selons nous, régir le cas qui va nous occuper maintenant.

Que la dot mobilière soit ou non aliénable, cela a peu d'importance au point de vue des pouvoirs du mari ; celui-ci ne pourra pas l'aliéner même si on admet qu'elle est aliénable et cela parce qu'il n'en est pas propriétaire ; et que, selon nous, le droit d'aliéner ne peut pas être compris dans les pouvoirs d'un administrateur, si larges d'ailleurs qu'on veuille les supposer. Nous n'avons donc pas à rechercher si, comme l'affirme une jurisprudence mi-séculaire et absolument constante, la règle de l'inaliénabilité doit être étendue aux meubles dotaux.

Le mari dotal n'est pas propriétaire de la dot, voilà pourquoi il ne peut l'aliéner.

Tel n'est cependant pas, à beaucoup près, l'avis général. Telle n'est pas en particulier, malgré tout l'étonnement qu'on peut en éprouver au premier abord, l'opinion de la jurisprudence. Tout en déclarant les meubles dotaux inaliénables, la Cour suprême décide que le mari peut les aliéner. Partant de ce principe qu'il faut par dessus tout protéger la dot des femmes mariées sous le régime dotal, c'est-à-dire en empêcher l'aliénation, elle aboutit à donner au mari plein et entier pouvoir de disposer de cette même dot. Il faut bien avouer qu'une pareille contradiction n'est pas précisément faite pour recommander la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Il faut reconnaître que c'est là un singulier mode de protection, et que ces pouvoirs du mari sont une conséquence bien difficile, sinon impossible, à concilier avec le principe de l'inaliénabilité établi de toutes pièces par la jurisprudence. Une fois engagée dans la fausse route de l'inaliénabilité de la dot mobilière, elle devait par la force même des choses en arriver là, et prononcer ainsi sa propre condamnation (1).

---

(1) Parmi les innombrables arrêts rendus sur la matière : Cass., 6 décembre 1859, Dall., 59, 1, 501 ; 13 janvier 1874, Sir., 74, 1, 160 ; 3 février 1879, Dall., 79, 1, 246 ; 27 avril 1880, Dall., 80, 1, 431 ; 4 juillet 1881, Sir., 82, 1, 212 ; 6 décembre 1882, Dall., 83, 1, 119 ; 3 décembre 1883, Dall., 84, 1, 334.

Bon nombre d'auteurs et des plus considérables qui, repoussant la théorie de la jurisprudence et admettant avec nous l'entière aliénabilité de la dot mobilière, enseignent cependant, d'accord en cela avec la Cour suprême, que l'aliénation, consentie par le mari d'un meuble dotal est pleinement valable et produit tous ses effets (1).

Toutefois, on excepte le cas où il y aurait eu concert frauduleux entre le mari et l'acheteur, dans le but de dépouiller la femme de sa dot, l'aliénation consentie dans ces conditions serait nulle : *Fraus omnia corrumpit.*

Sur quoi donc se base-t-on pour admettre une telle solution ?

A Rome, dit-on, le mari dotal a toujours eu le droit d'aliéner la dot mobilière. Le régime dotal étant une matière toute de tradition et les rédacteurs du Code ayant gardé, sur ce point, un silence complet, on en conclut qu'il faut aujourd'hui encore appliquer la règle romaine.

La solution romaine était très logique, et en parfaite harmonie avec les principes de cette époque. Le mari était *dominus dotis*, il devait donc avoir, et avait, en effet, tous les attributs d'un propriétaire; c'est ainsi qu'il devait nécessairement pouvoir aliéner cette dot mobilière qui lui appartenait en toute propriété. Aujourd'hui rien de semblable. Le mari n'est plus *dominus dotis ;* son rôle se borne à celui d'un administrateur ayant peut-être des pouvoirs plus étendus qu'un administrateur ordinaire, comme cela résulte de l'article 1549, mais en somme il n'est qu'un administrateur. On ne peut donc, en présence de deux situations aussi opposées, invoquer l'appui du Droit romain ; la question, dans notre Droit actuel, est absolument différente de ce qu'elle était à Rome.

---

(1) Troplong, IV, nos 3102, 3104 et 3253 (mais il ne faut pas oublier que d'après lui, le mari est aujourd'hui encore *dominus dotis*); Marcadé, s. art. 1554, III, p. 49 et suiv., art. 1549, II, p. 33 ; Aubry et Rau, V. § 537 bis, p. 599 et 590 ; Guillouard, IV, no 2061 et suiv., p. 355 et suiv.

Les partisans du système que nous combattons semblent, du reste, en convenir, aussi n'insistent-ils pas longuement sur ce premier motif, et se rejettent-ils sur une autre raison qui forme la base même de leur système et qui est la suivante.

Le mari n'est plus propriétaire et par conséquent ne peut, en cette qualité, consentir aucune aliénation de la dot mobilière. Soit, disent-ils, nous le reconnaissons et l'admettons d'autant plus volontiers que la qualité de propriétaire chez le mari est absolument étrangère au débat. Le mari, non propriétaire, peut aliéner la dot mobilière parce que ce droit est compris dans ses pouvoirs d'administration et lui est, du reste, reconnu par un texte spécial, l'article 1549. Si le pouvoir d'aliénation du mari n'est pas écrit en toutes lettres dans cet article, en tout cas il y est au moins virtuellement compris. On peut résumer comme il suit le raisonnement tenu pour soutenir cette affirmation : « Il y a parmi les biens dotaux des valeurs mobilières qui périclitent ; ainsi le débiteur d'une créance dotale marche vers l'insolvabilité, ou des actions mobilières dotales baissent rapidement. Il faut vendre à tout prix sous peine de tout perdre si l'on attend. Le mari vendra, il faut bien qu'il le puisse puisque la femme ne le peut pas ; autrement le principe de l'inaliénabilité qui a été édicté pour sauvegarder la dot de la femme, en entraînerait la perte. Mais comment le mari peut-il avoir le droit de vendre, puisque la dot mobilière est inaliénable ? Il puise ce droit dans sa qualité d'administrateur de la dot. L'article 1549 permet au mari de recevoir le remboursement des capitaux dotaux. S'il peut recevoir le paiement d'une créance, il peut la céder ; qu'importe, en effet, qu'il détruise la créance en en recevant le paiement ou en la cédant ? Et maintenant s'il peut aliéner les créances dotales, ce qui entraîne pour lui la faculté d'aliéner aussi les rentes sur l'État, les actions et toutes les valeurs industrielles, c'est-à-dire tout ce qu'il y de plus précieux parmi les biens mobiliers qui composent la dot, pourquoi ne

pourrait-il pas aliéner aussi les objets mobiliers corporels ? Donc, le mari peut aliéner la dot mobilière en totalité ».

Malgré ses apparences séduisantes, ce raisonnement ne peut nous convaincre. Nous n'avons aucun compte à tenir de la première partie de l'argumentation, puisque, pour nous, la dot mobilière étant parfaitement aliénable, l'inconvénient signalé disparaît. Si il y a avantage ou nécessité à vendre un meuble dotal, la chose sera très simple : la femme, dûment autorisée, ou le mari avec le concours de la femme, pourra faire le nécessaire. De ce côté, il n'y a donc aucun danger à craindre.

En admettant, d'un autre côté, que le mari puisse aliéner les créances dotales, nous cherchons vainement ce qui autoriserait à conclure qu'il peut aliéner les meubles corporels. Mais il y a plus. Toute la deuxième partie du raisonnement tenu par nos adversaires repose sur ce fait que le mari, ayant le droit de recevoir le remboursement des capitaux, droit qu'avec l'article 1549 nous lui avons nous-même reconnu, il a aussi, et comme conséquence, celui d'aliéner les créances dotales, fait qu'on suppose démontré et incontestable.

Rien cependant n'est moins certain que ce prétendu pouvoir d'aliéner les créances dotales. Il n'est pas exact de dire que le droit de recevoir le paiement d'une créance emporte toujours celui de la céder. Ainsi, le tuteur peut toucher les créances de son pupille et cependant il ne peut pas les céder ; de même le mari commun peut recevoir le remboursement des capitaux qui appartiennent en propre à sa femme et cependant il ne peut pas céder ses créances. Il y a entre le fait d'intenter une action, le fait de recevoir le remboursement d'un capital, et l'aliénation d'un droit même mobilier, des différences notables qui ne permettent pas de conclure du pouvoir de faire l'un de ces actes au pouvoir de faire l'autre.

« Poursuivre les débiteurs dotaux, dit avec raison

M. Colmet de Santerre (1), les contraindre à payer, recevoir le remboursement, c'est faire des actes nécessaires et dont le résultat a dû entrer dans les prévisions de la femme quand elle a fait sa convention matrimoniale. Il fallait bien qu'à une certaine époque son droit de créance s'éteignît par le paiement, et qu'à ce droit se substituât dans son patrimoine la somme d'argent ou la chose fongible payée par le débiteur; il était nécessaire par conséquent qu'à une certaine époque le droit du mari, qui était l'usufruit d'une créance, devînt le quasi-usufruit d'une somme d'argent ou d'une chose fongible. Quand même la femme aurait eu le droit de poursuivre elle-même le débiteur et de recevoir le remboursement, elle aurait dû mettre à la disposition du mari quasi-usufruitier les valeurs reçues en paiement. »

« Nous faisons la même observation quand il s'agit de recevoir le capital d'une rente rachetée par le débiteur. Le rachat est la conversion, nécessaire pour le créancier, du droit de créance en un capital corporel et fongible. »

« Mais céder la créance, c'est convertir le droit en argent, changer l'usufruit en quasi-usufruit en dehors des conditions normales, souvent avant le temps prévu, c'est faire une opération qui n'est pas imposée par la nature de la chose dotale. La cession d'une rente ou d'une action est une opération encore moins nécessaire; sauf le cas de rachat, la rente est destinée à durer toujours... On doit dire la même chose de la cession des actions dans les compagnies de commerce, finance ou industrie. »

« Les pouvoirs du mari sont écrits dans la loi, mais la loi ne fait qu'interpréter le mandat donné par la femme; par conséquent il est très raisonnable de ne pas étendre par interprétation le cercle des actes autorisés dans l'article 1549, quand d'ailleurs les actes qu'on veut faire rentrer dans ce cercle, présentent au point de vue de la femme un caractère tout autre que les actes autorisés. »

---

(1) VI, nº 233 bis, XXVI à XXIX, p. 535 et 536.

On ne peut plus dès lors s'appuyer sur ce pouvoir du mari de céder les créances dotales, puisqu'il ne l'a pas. Il ne reste donc plus rien de cet argument invoqué dans l'autre système pour soutenir que le mari a le droit d'aliéner les meubles dotaux.

On nous oppose encore l'article 1554, lequel, dit-on, n'interdisant au mari que l'aliénation des immeubles, lui permet par cela-même celle des meubles dotaux. Cet article n'a aucun rapport avec la question. Ce n'est pas, répétons-le toujours, parce que les immeubles dotaux sont inaliénables que le mari ne peut pas les aliéner. Seraient-ils aliénables, comme d'après nous les meubles le sont, que le mari ne pourrait davantage en disposer, parce qu'il n'en est pas propriétaire. L'article 1554 doit donc être écarté.

Nous avons montré, en traitant des pouvoirs d'aliénation du mari sur les biens personnels de la femme commune, que le pouvoir d'aliéner ne peut en aucun cas se déduire de celui d'administrer. Ce qui est vrai pour l'article 1428, l'est également pour l'article 1549, nous renvoyons donc simplement aux explications que nous avons fournies à ce sujet.

Sous le régime dotal, notre opinion se fortifie encore par cette observation, qu'elle correspond bien mieux aux principes de ce régime. En adoptant le régime dotal, le but de la femme est en effet d'assurer sa dot, de la mettre à l'abri des dissipations du mari. Dans l'opinion qui admet le droit d'aliénation du mari seul, ce but est loin d'être atteint. La femme est bien protégée contre ses propres imprudences, puisqu'elle ne peut, en aucun cas, même avec l'autorisation de son mari, disposer du moindre de ses meubles dotaux, mais elle est à la merci des aliénations faites par le mari. Si l'on admet, au contraire, avec nous, que le mari ne peut pas aliéner seul, la femme sera pleinement garantie. Pour empêcher toute aliénation contraire à ses intérêts, elle n'a qu'à refuser au mari le concours que celui-ci sollicite et sans lequel, dans notre système, il ne pourra rien faire. L'aliénation est-elle au

contraire commandée par les circonstances, est-elle avantageuse pour la femme, celle-ci donnera son consentement, prêtera son concours, et l'aliénation consentie dans ces conditions ne pourra pas être attaquée. En somme la vente d'un meuble dotal pourra se faire selon qu'elle sera ou non nécessaire, que la femme la jugera ou non utile pour elle. Qu'on ne nous objecte pas que, cédant à l'influence que pourra avoir sur elle le mari, elle consentira, à son préjudice, à une telle vente, de sorte que, dans le fait, l'existence de la dot mobilière pourra être gravement atteinte; elle a un moyen d'empêcher ce résultat avec un peu de fermeté et c'est tout ce que la loi a voulu.

Nous concluerons donc en disant que le mari ne peut aliéner, sans le concours de sa femme, aucun meuble dotal dont la propriété est restée à cette dernière (1).

Le mari dotal peut-il aliéner son droit de jouissance sur les biens dotaux ?

Avec l'article 1549 nous avons vu que le mari dotal, en même temps qu'il a seul l'administration des biens dotaux, en a aussi la jouissance. On se demande alors si le mari peut aliéner cette jouissance.

La question ne se pose que pour le droit de jouissance considéré en lui-même. Il est trop clair, en effet, que s'il s'agit de fruits, de revenus, déjà échus ou perçus par le mari, celui-ci en devenant, comme nous l'avons vu, propriétaire, en aurait la libre et entière disposition, et que ses créanciers pourraient les saisir.

D'un autre côté, il est bien évident aussi que ce droit de jouissance est la propriété du mari, lequel devrait alors pouvoir se comporter à cet égard comme tout propriétaire et par suite l'aliéner. On sait également que le mari est un usufruitier; or, nous dit l'article 595, l'usufruitier peut...

---

(1) Colmet de Santerre, VI, nos 233 bis, XXV et suiv., p. 535 à 537; Baudry-Lacantinerie, III, no 411, p. 256.

même vendre ou céder son droit à titre gratuit, il doit donc en être de même du mari dotal. Ce sont ces considérations qui ont probablement donné naissance à une première opinion, que nous ne ferons que mentionner, d'après laquelle le mari dotal aurait le droit de disposer dans tous les cas, et comme bon lui semblerait, de son droit de jouissance (1).

Dans une deuxième opinion, un tel droit serait absolument et sans distinction refusé au mari. L'usufruit du mari, dit-on, ressemble non pas à un usufruit ordinaire, mais à l'usufruit paternel ; il constitue un attribut de la puissance maritale et ne peut pas plus être cédé que la puissance maritale elle-même. Dans un autre ordre d'idées, mais toujours dans le même sens, on argumente de ce que le droit de jouissance, dont le mari est sans conteste propriétaire, est immobilier. C'est, dit-on, un immeuble dotal, et à ce titre il est frappé d'inaliénabilité par l'article 1554, dont la disposition relative au mari vise précisément cette hypothèse, et ne peut s'expliquer que par elle (2).

La véritable solution se trouve, croyons-nous, dans un système intermédiaire.

Nous avons vu comment on pouvait expliquer cette disposition de l'article 1554 relative au mari, sans supposer qu'elle s'applique au cas où le mari voudrait aliéner son droit de jouissance.

D'un autre côté, si le mari est bien propriétaire de son droit de jouissance, il ne se trouve pas placé vis-à-vis de ce droit dans la situation d'un propriétaire ordinaire. Il n'a qu'une propriété restreinte, il n'est qu'un propriétaire conditionnel. La loi décide qu'il aura la jouissance des biens dotaux, mais *à la condition* de subvenir aux besoins du ménage. En résumé, le mari est propriétaire, donc il peut aliéner ; mais il n'est propriétaire que sous condition et,

---

(1) Troplong, n° 3288 à 3292 ; Laurent, XXIII, n° 484.

(2) Colmet de Santerre, VI, n° 226 bis, IX, p. 477 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, III, n° 377, p, 236.

pour la remplir, il ne faut pas qu'il dispose de la portion nécessaire à la famille. D'accord cette fois avec la jurisprudence, en tant du moins que le droit de jouissance se rapporte aux immeubles dotaux, nous ne permettrons pas au mari de céder, et à ses créanciers de saisir, que le superflu des revenus, ceux qui ne sont pas employés pour les besoins de la famille (1). « Les revenus du fonds dotal, dit un arrêt de la Cour d'Aix, du 17 mars 1857 (Dall., 58, 2, 15), ne peuvent être aliénés par le mari, et spécialement ils ne peuvent être de sa part l'objet d'une cession anticipée que jusqu'à concurrence de ce qui excède les besoins du ménage. »

Mais nous croyons que cette solution est vraie dans tous les cas et qu'il n'y a pas lieu de distinguer comme le font la jurisprudence et la majorité des auteurs selon que le droit de jouissance est relatif aux meubles ou aux immeubles ; dans un cas comme dans l'autre le mari pourra bien céder sa jouissance mais seulement dans la mesure où elle n'est pas nécessaire aux besoins du ménage. Dans l'opinion que nous combattons, le mari dotal pouvant aliéner même la propriété des meubles dotaux, il était tout naturel de lui reconnaître aussi le droit d'en aliéner la jouissance ; c'est du reste ce que font nos adversaires. Mais nous avons vu qu'au contraire, le mari ne pouvait pas plus disposer de la dot mobilière que de la dot immobilière ; donc en ce qui concerne les meubles, le mari n'en pourra céder la jouissance que dans les limites où il peut la céder en ce qui concerne les immeubles.

Section IV. — Obligations et Responsabilité du mari.

Ce point est réglé par l'article 1562 ainsi conçu :

« Le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de

---

(1) Marcadé, s. art. 1554, IV, p. 53 et VIII, p. 62 ; Aubry et Rau, V, § 535, texte et notes 32, 33 et 34, p. 553 ; Guillouard, IV, n° 1817, p. 139 et suiv. — Cass., 14 août 1883, Dall., 84, 1, 334.

toutes les obligations de l'usufruitier. — Il est responsable de toutes prescriptions acquises et détériorations survenues par sa négligence. »

Le mari étant par rapport aux biens dotaux un usufruitier, il était juste de le soumettre aux mêmes devoirs que lui, comme de lui accorder les mêmes droits. Nous avons eu, à ce propos, à signaler entre les droits du mari sur les biens dotaux et ceux de l'usufruitier sur les biens soumis à son usufruit, quelques différences assez sensibles ; il en est encore de même pour le point qui va nous occuper. Malgré la généralité des termes de l'article 1562, toutes les obligations de l'usufruitier et du mari dotal ne sont pas identiquement les mêmes ; telle obligation qui incombe à l'un n'incombe pas à l'autre.

Ainsi (art. 601) l'usufruitier doit toujours donner caution de jouir en bon père de famille ; pour qu'il en soit dispensé il faut une clause expresse dans l'acte constitutif d'usufruit.

Le mari dotal, à l'inverse, n'est jamais en principe tenu de fournir caution pour la réception de la dot, il ne pourrait y être assujetti que par le contrat de mariage, encore est-ce là une clause excessivement rare et dont on ne trouve que très peu d'exemples (Art. 1550).

Mais rien ne s'opposait à ce que les époux pussent renoncer à cette règle établie dans leur intérêt et convenir dans le contrat de mariage, que le mari serait tenu de fournir caution. C'est une simple application faite par notre article, du principe que les époux sont libres d'insérer dans leur contrat de mariage, telle clause qu'il leur plaît, pourvu qu'elle ne soit contraire, ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, ni à l'essence même du régime adopté.

Faut-il aller plus loin et décider qu'un tiers, donateur ou testateur, qui fait une libéralité à la femme, pourra imposer au mari l'obligation de fournir caution ? Nous le croyons et nous y sommes autorisé par l'article 1401 sinon directement, au moins par analogie. Sous le régime de communauté légale en effet, le tiers qui fait une donation

ou un legs à l'un des époux peut stipuler que contrairement à la règle ordinaire les biens par lui donnés ou légués resteront propres à l'époux donataire ou légataire ; l'article 1401 le constate expressément. Pourquoi donc ne permettrait-on pas au donateur de mettre comme condition, que le mari dotal, contrairement à la règle ordinaire, devra donner caution? Le motif dont s'est inspiré le législateur à propos de l'article 1401 et que rappelait Pothier est toujours vrai : « Il est au pouvoir de celui qui donne, d'apposer à la donation telles conditions ou restrictions que bon lui semble : *Unicuique licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere* » (1).

Une deuxième différence se rencontre à propos des grosses réparations que nécessitent les immeubles dotaux.

D'après l'article 605, l'usufruitier n'est tenu de faire et de payer que les réparations d'entretien et non les grosses réparations, lesquelles restent à la charge du propriétaire à moins qu'elles n'aient été rendues nécessaires par le défaut d'entretien.

Comme l'usufruitier le mari dotal est tenu des réparations d'entretien. Cette règle comporte néanmoins une certaine restriction. Si, en effet, la femme, usant de la faculté que lui accorde l'article 1549, 3e al., s'était réservé le droit de toucher annuellement sur ses seules quittances, une partie de ses revenus, elle devrait participer pour sa quote-part, proportionnellement à cette partie des revenus, aux frais occasionnés par les réparations d'entretien. Bien que n'étant écrit nulle part, ce point ne nous en semble pas moins certain. Si l'article 1562 décide que le mari est tenu seul de toutes les obligations de l'usufruitier, et par conséquent des réparations d'entretien, c'est qu'en général lui seul touche les revenus. Il serait contraire aux règles du droit et de l'équité, de lui faire supporter seul ces charges, quand il ne touche plus qu'une partie des revenus,

---

(1) Traité de la communauté, nº 102.

l'autre partie étant touchée par la femme elle-même. On ne peut pas soutenir que les termes généraux de l'article 1562 conduisent à lui imposer seul et dans tous les cas, les réparations d'entretien ; ici encore : *Lex statuit de Eo quod plerumque fit* (1).

Au point de vue des réparations d'entretien, les obligations du mari dotal peuvent donc être moins étendues que celles de l'usufruitier.

A l'inverse en ce qui concerne les grosses réparations, les obligations du mari sont plus étendues.

Avec l'article 605 nous avons vu qu'en principe l'usufruitier n'était jamais tenu de faire faire les grosses réparations, sauf dans le cas où elles avaient été rendues nécessaires par le défaut d'entretien. Le mari est dans tous les cas tenu de les faire faire, sinon, il est responsable des détériorations survenues, de la dépréciation de l'immeuble, que cette dépréciation provienne d'ailleurs soit du défaut d'entretien soit du défaut des grosses réparations. Mais il ne faut pas aller trop loin. Sans doute le mari doit faire faire les grosses réparations, et pour cela la dot peut être aliénée (art. 1558, al. 4), mais il ne doit pas en définitive supporter les dépenses qu'elles ont occasionnées, il n'en est pas tenu *de suo*. S'il a fait des avances dans ce but, il a droit à leur remboursement intégral. Les grosses réparations sont en effet une charge de la propriété ; or, celle-ci ne cesse pas d'appartenir à la femme qui devra donc en fin de compte en supporter seule les conséquences (2).

A part ces différences, les obligations du mari sont absolument identiques à celles de l'usufruitier. Ainsi le mari doit faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles dotaux (art. 600). L'inventaire est exigé non seulement pour le mobilier qui échoit à la

---

(1) Cass., 1er juin 1874, Dall., 75, 1, 84.

(2) Rodière et Pont, III, nº 1750 ; Marcadé, s. art. 1562, p. 97 ; Guillouard, IV, nº 1814, p. 136.

femme pendant la durée du mariage, mais encore pour celui qu'elle apporte au moment de la célébration, si le contrat de mariage n'en contient pas la description. A défaut d'accomplissement de cette formalité, la femme ou ses héritiers pourraient prouver contre le mari, la consistance du mobilier dotal par tous les moyens, tant par témoins que par commune renommée (arg. art. 600 et 1504 combinés). Il faut supposer que l'apport de ce mobilier est justifié car « autre chose est la preuve de l'apport de la dot, autre chose la preuve de la consistance de la dot, dont l'apport se trouve d'ailleurs établi » (1).

A l'égard des tiers créanciers du mari, la femme ou ses héritiers ne pourraient prouver la consistance du mobilier dotal que conformément au droit commun de l'article 1328, c'est-à-dire qu'au moyen d'un état ayant acquis date certaine antérieurement à leurs poursuites.

Enfin, il faut dispenser de ces formalités, les biens dont le mari est devenu propriétaire, par suite de l'estimation emportant vente qui en a été faite par le contrat de mariage.

De même le mari est tenu : — pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles des biens dotaux, telles que les contributions et autres (art. 608), avec cette restriction toutefois que si la femme s'est réservé le droit de toucher elle-même une partie de ses revenus elle devra contribuer au prorata à ces charges ; — de contribuer aux charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée du mariage, dans la mesure indiquée pour l'usufruitier par l'article 609; — de supporter en tout ou en partie les intérêts des dettes de la femme lorsque la constitution de dot est universelle ou à titre universel (art. 612); de payer les frais des procès qui concernent la jouissance et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu (art. 613) ; enfin, il est également tenu des obligations des articles 615 et 616.

---

(1) Aubry et Rau, V, 535, texte et note 31, p. 553.

Comme administrateur des biens dotaux, le mari dotal doit, comme tout administrateur de la fortune d'autrui, comme le mari commun en particulier, apporter à la conservation des biens dotaux tous les soins d'un bon père de famille. Ce que nous avons dit à ce sujet du mari commun s'applique aussi au mari dotal.

Ainsi il doit tirer des biens dotaux le meilleur parti possible, leur donner l'emploi qui leur a été assigné par le contrat de mariage. Il devrait en sa qualité d'administrateur demander la nullité d'une saisie pratiquée par ses propres créanciers sur les biens dotaux. Les créanciers d'une personne ne peuvent pas en effet saisir des biens appartenant à des tiers ; or, puisqu'il s'agit ici de biens dotaux, c'est la femme qui est propriétaire et non le mari; dans les rapports du mari avec ses créanciers, la femme est un tiers ordinaire. Le droit d'administration que la loi accorde au mari sur les biens dotaux ne peut en aucun cas justifier la saisie que tenteraient ses créanciers, et comme il doit veiller à la conservation de ces biens, c'est à lui qu'incombe le devoir de demander la nullité d'une telle saisie, d'autant plus que c'est à lui seul, ainsi que nous l'avons vu, qu'appartient pendant le mariage l'exercice de toutes les actions dotales.

Une dernière obligation, la plus importante de toutes, celle à laquelle aboutissent en somme toutes les autres, pèse encore sur le mari; c'est l'obligation de restituer la dot en temps et lieu. Cette restitution doit se faire suivant les règles posées dans les articles 1564 à 1574 et dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer ici.

Si le mari administrateur et usufruitier de la dot n'a pas rempli toutes les obligations qui lui sont imposées de ce chef, il doit être et il est en effet responsable. C'est l'idée que nous avons déjà rencontrée pour le mari de la femme commune en biens. L'article 1562 en fait même une application spéciale au mari de la femme dotale dans son deuxième alinéa ainsi conçu : « Il (le mari) est responsable de toutes prescriptions acquises et détériorations survenues par sa négligence ».

Le mari est donc responsable de toutes les prescriptions qu'il laisse accomplir. A la différence du mari commun, qui, nous l'avons vu, n'est responsable que des prescriptions extinctives, le mari dotal sera en outre responsable des prescriptions acquisitives, dans le cas de l'article 1561, al. 1.

Le mari dotal a, comme l'indique l'article 1549, l'exercice de toutes les actions dotales, même des actions pétitoires. Bien mieux non seulement il en a l'exercice, mais c'est lui seul qui peut les mettre en mouvement. On comprend donc facilement qu'ayant, et ayant seul, le moyen d'empêcher toutes prescriptions, libératoires comme acquisitives, la loi le déclare responsable s'il ne le fait pas.

Est-ce à dire que sa responsabilité devra être étendue à tous les cas possibles ? L'affirmative a été quelquefois soutenue. Pour notre part nous adoptons sans aucune hésitation la négative et nous croyons qu'on doit apporter à la règle de l'article 1562, al. 2, le tempérament que nous avons déjà indiqué à propos de la responsabilité du mari commun. Pour admettre ainsi, sans aucune restriction, la responsabilité du mari dotal en ce qui concerne les prescriptions acquises il faudrait un texte, car cette extension à tous les cas sort des règles ordinaires qui régissent la matière de la responsabilité. On a dit, il est vrai, que le texte demandé était précisément l'article 1562 dont les termes, *toutes prescriptions acquises* étaient des plus formels et en même temps des plus généraux, et ne laissaient de place à aucune distinction. C'est faire, croyons-nous, bon marché de la fin même de l'article. Les mots *par sa négligence* semblent bien s'appliquer aux « prescriptions acquises » comme « aux détériorations survenues ». En tout cas il y a au moins un doute et on devra alors admettre la solution la plus conforme au droit commun. Or on sait que, en règle générale, celui-là seul est responsable qui a commis une faute ou à qui on peut au moins reprocher une imprudence. Mais la construction grammaticale de la phrase montre bien, selon nous, que les rédacteurs ont en-

tendu, pour déclarer le mari responsable, exiger de sa part une négligence quelconque.

Il faut d'abord remarquer que les deux membres de phrase qui nous occupent sont reliés par la conjonction *et*, ce qui ne permet pas de soutenir que les mots *par sa négligence* se rattachent plutôt au deuxième membre qu'au premier. En outre, si les rédacteurs avaient voulu, comme on le prétend, que le mari fût dans tous les cas responsable de « toutes prescriptions », ils n'auraient certainement pas fait suivre cette expression du participe *acquises*. S'ils l'ont fait, c'était pour bien montrer qu'ils entendaient relier les mots : *par sa négligence*, aux mots : *de toutes prescriptions*, et ne déclarer le mari responsable que s'il y avait eu négligence de sa part.

Il faut donc que la prescription ait pu s'accomplir par suite de la négligence du mari. Il s'en suit que si pour un motif quelconque le mari n'a pu avoir connaissance des causes de la prescription, ou n'a pas joui du temps moralement ou matériellement nécessaire pour l'interrompre, sa responsabilité ne pourra être engagée. Ainsi, avant le mariage, une prescription courait contre la future épouse et elle s'accomplit un jour ou une semaine après la célébration (On sait, en effet, que d'après l'article 1561 les immeubles dotaux sont prescriptibles pendant le mariage, si la prescription a commencé auparavant). Il est évident que, dans ces conditions, on ne pourra reprocher au mari aucune faute ; sa responsabilité ne sera donc pas engagée. Quel sera le laps de temps maximum pendant lequel on pourra raisonnablement supposer que le mari n'aura pas eu la faculté d'agir ? On ne peut, à cet égard, poser de règle générale. La solution de cette question dépendra des circonstances de la cause, et doit être pour cela laissée à la souveraine appréciation des tribunaux.

Nous avons constaté, en étudiant les droits du mari sur les biens dotaux, que celui-ci ne pouvait faire de coupe dans un bois de haute futaie non aménagé et que dans un bois taillis il était tenu d'observer l'ordre et la quotité des

coupes (art. 590 à 592). Il peut arriver, qu'outrepassant ainsi ses droits, le mari fasse une coupe dans un bois de haute futaie ou, pour les bois taillis, en fasse la coupe avant l'époque fixée par l'aménagement ou l'usage constant. Quelle sera alors l'indemnité qu'il devra payer à la femme ou à ses héritiers lors de la cessation de son droit de jouissance? Devra-t-il simplement rendre le prix produit par la vente de la coupe, le profit qu'il en aura retiré, ou bien sera-t-il tenu de réparer tout le préjudice causé à la femme? Ainsi, pour nous placer dans l'hypothèse la plus fréquente, supposons que la coupe d'un bois taillis qui, d'après l'aménagement, ne devait être faite qu'en 1889, a été exploitée par le mari en 1884, puis que dans l'intervalle le mariage est dissous par la mort du mari. Quel sera alors le recours de la femme? Il est évident que le bois coupé par le mari avant l'époque normale, n'a nécessairement pas rendu tout ce qu'il était susceptible de rendre, tout ce qu'il aurait effectivement produit s'il n'eût été coupé que cinq ans plus tard. D'un autre côté, l'immeuble se trouve déprécié. La femme ne doit pas, à notre avis, en supporter les conséquences, et elle pourra réclamer aux héritiers du mari la réparation complète du préjudice que ce dernier lui a ainsi causé. Du reste, en faisant la coupe dans les conditions que nous avons supposées, le mari a fait non seulement un acte de mauvaise administration, mais encore un acte que sa qualité d'administrateur ne lui permettait pas; il doit donc la réparation intégrale du préjudice causé par cet acte illégal.

Telle était déjà la solution romaine : *Quasi deteriorem fundum fecerit maritus tenebitur* (1).

Nous avons vu aussi que le mari avait droit aux fruits civils produits par des biens dotaux à partir du jour de la célébration du mariage et que les fruits naturels ou industriels lui appartenaient dès lors qu'ils étaient perçus après

(1) Loi 12. D. Soluto matrimonio, XXIV, III.

le mariage. Si donc il avait perçu depuis la célébration des fruits civils antérieurement échus, ou si, ce qui arrive plus rarement, il avait recueilli avant le mariage des fruits naturels produits par des biens que la future épouse devait se constituer en dot, il en devrait compte à la femme. De même si le mariage venait à être dissous dans le cours de la première année, les fruits naturels, bien que recueillis par lui après la célébration, ne lui appartiendraient pas en totalité ; il y aurait lieu d'appliquer l'article 1571, c'est-à-dire de les répartir proportionnellement au temps pendant lequel le mariage aurait duré. Pour le surplus, le mari en serait responsable vis-à-vis de la femme (1).

Quand le contrat de mariage contient une clause d'emploi ou de remploi, cette clause est obligatoire pour le mari qui peut, s'il ne s'y conforme pas, être passible de dommages et intérêts. Dans le cas où l'emploi par lui fait est insuffisant ou inefficace, le mari en est responsable. Mais pour qu'il en soit ainsi il faut que l'insuffisance provienne de sa négligence et non d'un cas purement fortuit. Par exemple, avec la somme produite par la vente d'un immeuble dotal dont l'aliénation était permise, le mari achète un autre immeuble dont la valeur est, au moment de l'achat, égale ou même supérieure à celle de l'immeuble dotal aliéné ; puis par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, comme une forte dépréciation des immeubles de la nature de celui acquis en remploi, le fonds acquis par le mari vient à ne plus avoir que la moitié de la valeur qu'il avait lors du remploi. Le remploi est certainement insuffisant et on pourrait dire en se reportant à la règle posée plus haut que le mari doit encore être responsable ; mais comme dans cette hypothèse l'insuffisance ne résulte que d'un cas fortuit qu'il n'était pas au pouvoir du mari d'empêcher, comme on ne peut par conséquent re-

---

(1) Troplong, IV, n° 3129 ; Aubry et Rau, § 535, p. 551, texte et note 25 ; Guillouard, IV, n° 1800, p. 125.

procher à ce dernier aucune faute, sa responsabilité ne pourra nullement être engagée (1).

Pour les mêmes motifs et avec la même réserve, le mari sera responsable de l'insolvabilité des débiteurs de deniers dotaux, mais seulement s'il y a eu faute de sa part, c'est-à-dire s'il est prouvé qu'il aurait pu obtenir le remboursement en exerçant des poursuites en temps utile, alors que les débiteurs étaient encore solvables, et qu'il ne l'a pas fait (2).

Dans une certaine opinion il faudrait encore apporter à cette règle un autre tempérament dans l'hypothèse où le débiteur des deniers dotaux serait un donateur, surtout un proche parent. Le mari serait alors moralement tenu à certains ménagements à l'égard d'un tel débiteur, et si ce dernier devenait insolvable, on ne pourrait rien reprocher au mari qui, dans la crainte de troubler la bonne harmonie du ménage, par égard pour ce parent débiteur, ou tout autre motif très plausible, n'a pas employé les moyens qui lui étaient donnés par la loi pour obtenir le paiement. Dans de telles conditions le mari ne saurait être déclaré responsable (3).

Enfin, au lieu de faire révoquer, comme le lui permet l'article 1560, l'aliénation d'un immeuble dotal, la femme peut demander une indemnité au mari ou à ses héritiers.

Ce choix que nous reconnaissons ainsi à la femme a cependant été contesté et quelques auteurs ont soutenu que la loi règlant les droits de la femme en cas d'aliénation d'un immeuble dotal, la femme ne pourrait que faire révoquer l'aliénation et jamais demander d'indemnité au mari. La rigueur de cette première solution est souvent mitigée par ses auteurs eux-mêmes, en reconnaissant que la

---

(1) Cass., 2 août 1853 ; Sir., 55, 1, 209.

(2) Rodière et Pont, III, 1753; Troplong, IV, 3589; Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 22, p. 551.

(3) Baudry-Lacantinerie, III, nº 372, p. 234.

femme pourrait demander une indemnité dans le cas où la reprise en nature de l'immeuble dotal ne serait pas possible et dans le cas où le tiers acquéreur serait insolvable. Voici les principales raisons invoquées dans ce système.

Le but du régime dotal est de conserver la dot, donc si l'immeuble existe la femme ne pourra faire que le revendiquer. Les choses se passeront alors comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu, la dot sera pleinement garantie et c'est tout ce que la loi a voulu. L'article 1560 le montre bien en n'accordant à la femme que le droit de faire révoquer l'aliénation et aucun texte n'autorise à lui reconnaître la faculté de demander une indemnité au mari ou à ses héritiers. Seulement comme il ne faut pas qu'en aucun cas la dot puisse être diminuée, si l'immeuble n'existe plus ou a été détérioré, si l'acquéreur est devenu insolvable, la femme pourra alors, mais alors seulement se retourner subsidiairement contre le mari. Enfin, ajoute-t-on, accorder à la femme une action en indemnité contre le mari serait causer un grave préjudice aux créanciers de celui-ci, diminuer dans une proportion considérable le gage sur lequel ils comptaient à bon droit ; ce serait en fin de compte faire retomber sur eux, quand ils n'ont commis aucune faute, la responsabilité qu'on voudrait édicter contre le mari dans tous les cas indistinctement (1).

Malgré ces raisons très sérieuses nous croyons que la femme aura toujours le choix entre l'action en révocation et l'action en indemnité. Il n'y a pas, dit-on, de texte qui autorise cette solution. Remarquons d'abord que les principes généraux posés en matière de responsabilité suffisent amplement à justifier notre système. Le mari a commis une faute en aliénant l'immeuble dotal ou en consentant à son aliénation et par ce fait seul sa responsabilité est engagée. Si donc la femme pense que le préjudice à elle causé par l'aliénation sera mieux et plus complète-

(1) Poitiers, 14 décembre 1830, et Montpellier, 7 janvier 1831, Sir., 31, 2, 214 et 7 avril 1840. Sir., 41, 2, 222.

ment réparé par le résultat auquel aboutira l'action en indemnité contre le mari, elle doit pouvoir intenter cette action. Mais il y a plus, et l'article 2135 consacre cette faculté en décidant formellement que la femme peut demander au mari une indemnité « pour le remploi de ses propres aliénés » et que son hypothèque prend date du jour de la vente. Nous ne nions pas que l'action qu'exercera ainsi la femme ne cause un certain préjudice aux créanciers du mari mais il n'y a là qu'un effet nécessaire du mariage, effet dont les créanciers du mari, ont à souffrir dans bien d'autres hypothèses. La nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal établie par l'article 1560 ne l'est d'ailleurs que dans l'intérêt de la femme ; les créanciers du mari ne peuvent jamais la faire valoir ni compter sur ses conséquences (1).

Partant de ce principe, on admet même que la femme peut pendant le mariage, et à titre conservatoire, demander, dans les ordres qui pourraient être ouverts contre son mari, une collocation provisoire égale au montant du prix de vente (2).

Section V. — Des modifications qui peuvent être apportées aux pouvoirs du mari.

Nous n'avons pas à examiner dans cette section, l'influence que peut avoir au point de vue des pouvoirs d'administration du mari telle ou telle situation particulière de l'un des époux, comme l'absence, l'interdiction, etc. Tout ce qui a été dit à ce sujet dans la première partie, doit s'appliquer ici, les solutions sont les mêmes, nous

---

(1) Rodière et Pont, III, nº 1874; Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 27, p. 563 ; Guillouard, IV, nº 1891, p. 202. — Cass., 28 novembre 1838. Sir., 38, 1, 963; 16 novembre 1847, Dall. 48, 1, 46 ; 2 mai 1855, Dall., 55, 1, 231.

(2) Cass., 3 décembre 1861, Sir., 62, 1, 405.

renvoyons donc purement et simplement aux développements que nous avons donnés lorsque nous avons traité des modifications qui pouvaient être apportées aux pouvoirs d'administration du mari sous le régime de communauté.

Nous nous bornerons à examiner certaines modifications pouvant résulter, soit du contrat de mariage, soit de l'emploi et du remploi.

§ I. — De certaines modifications qui peuvent être apportées par le contrat de mariage.

Les époux sont, en principe, libres d'insérer dans le contrat de mariage toutes les clauses que bon leur semble, pourvu seulement qu'elles ne soient contraires, ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, ni enfin au régime adopté. C'est ainsi qu'ils peuvent convenir que les pouvoirs accordés au mari sur la dot de la femme par l'article 1549 pourront être plus ou moins restreints.

L'article 1549 lui-même fait une première application de cette idée en décidant dans son troisième alinéa que « il peut être convenu, par le contrat de mariage, que la femme touchera annuellement sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels ». Par exception à l'obligation imposée en général à toutes les femmes mariées, la femme dotale n'aura besoin au cas actuel d'aucune autorisation. Mais même pour ces biens dont elle se réserve ainsi la jouissance elle n'en a ni ne peut avoir, comme nous le verrons plus loin, l'administration.

Tant qu'ils ne sont pas échus ou perçus, ces revenus restent entre les mains de la femme ce qu'ils étaient entre celles du mari; en d'autres termes ils ne pourront, à notre avis du moins, être valablement cédés par la femme ou saisis par ses créanciers. Cette solution a été consacrée par deux arrêts récents, l'un de la cour de Poitiers, en

date du 14 février 1883 (Dall., 85, 2, 145), et l'autre de la Cour de cassation (2 juillet 1885) portant en termes exprès, le premier, que les créanciers de la femme mariée sous le régime dotal ne peuvent en aucun cas, ni sous aucun prétexte, saisir les revenus (non échus) dont elle s'était réservé la jouissance, et le second, que la femme ne peut ni céder ni hypothéquer ces revenus.

Mais de ce que la femme a le droit de toucher annuellement sur ses seules quittances la moitié de ses revenus par exemple, il ne s'en suit pas qu'elle soit recevable à réclamer à son mari pendant le mariage, les intérêts de la somme représentant la dépréciation d'un immeuble dotal. Et il en est ainsi, même dans le cas où elle a dû rapporter à son père l'immeuble dotal déprécié et tenir compte de cette dépréciation par une diminution de sa part héréditaire dans la communauté de ses père et mère (1).

Si le contrat porte que des intérêts ou loyers devront être payés par le débiteur à la femme elle-même, le paiement devra lui être fait directement, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme réservée et à condition que le contrat de mariage ait été notifié au débiteur. Sinon le paiement fait au mari serait pleinement valable, et d'un autre côté si le débiteur, versant le montant des intérêts par lui dus entre les mains de la femme, avait payé au-delà de la somme réservée, il serait comptable de la différence envers le mari. Si nous supposons que la femme s'était réservé le droit de toucher elle-même une part aliquote de ses revenus, la moitié par exemple, les tiers débiteurs des revenus dotaux ne devront payer à la femme que la moitié de ce qu'ils doivent et verser l'autre moitié au mari.

Si le contrat de mariage peut restreindre les pouvoirs du mari sur la dot, il peut à l'inverse les étendre. Ainsi, le mari, avons-nous dit, ne peut pas intenter seul l'action en

(1) Bourges, 20 novembre 1872. Dall., 73, 2, 213.

partage ni y défendre ; mais le contrat de mariage pourrait parfaitement lui donner ce droit. Il ne serait même pas nécessaire que la clause contînt l'expression d'*action en partage*, il suffirait que l'intention des parties à cet égard fût certaine et ne laissât subsister aucun doute. Le droit pour le mari d'exercer seul l'action en partage des biens dotaux, observe très justement la cour de Grenoble dans un arrêt du 18 janvier 1849 (Dall., 52, 2, 14), résulterait de la clause par laquelle les époux auraient convenu que le mari pourrait « exercer les actions actives et passives de la femme et traiter de ses droits paternels et maternels ».

Les deux points qui précèdent ne soulèvent aucune difficulté sérieuse ; ils sont universellement reconnus.

Il n'en est pas de même de deux questions dont il nous faut maintenant dire quelques mots.

Et d'abord la femme peut-elle se réserver par contrat de mariage le droit de toucher tout ou partie de ses capitaux dotaux ?

L'affirmative est soutenue par quelques auteurs et la jurisprudence semble bien incliner vers cette solution (1). Pouvant, comme l'indique l'article 1549, al. 3, se réserver le droit de toucher sur ses seules quittances une portion de ses revenus, la femme, dit-on dans ce système, doit pouvoir se réserver également le droit de toucher ses capitaux dotaux. L'atteinte portée aux pouvoirs d'administration du mari est la même dans les deux cas, ou mieux elle n'existe pas plus dans l'un que dans l'autre : « Attendu, dit l'arrêt de Rouen précité, que cette stipulation n'avait rien de contraire à la loi, à la morale, ni aux droits du mari, et était équivalente à celle autorisée par l'article 1550, qui permet de subordonner le remboursement des capitaux dotaux aux mains du mari à l'obligation par lui de fournir caution ;

---

(1) Guillouard, IV, n° 1796, p. 120. — Rouen, 29 février 1856, Sir., 57, 2, 734 ; Cass., 13 novembre 1876, Dall., 78, 1, 111.

que cette modification laissait d'ailleurs entier le droit du mari, le remboursement une fois effectué conformément au contrat, de disposer de la somme reçue ; qu'elle fait donc la loi des parties et des tiers. »

Ces raisons ne nous semblent pas suffisantes. Nous ne croyons pas tout d'abord que, de ce que la femme peut se réserver le droit de toucher une partie de ses revenus, on soit autorisé à conclure qu'elle peut également se réserver celui de toucher une partie de ses capitaux dotaux. Toute autre chose est toucher des revenus, toute autre chose toucher des capitaux, et telle solution admise dans le premier cas ne peut pas être ainsi arbitrairement étendue au second. L'article 1549 déterminant, au point de vue qui nous occupe, le droit d'administration du mari, nous dit de la façon la plus expresse que lui seul a le droit de recevoir le remboursement des capitaux. Décider, comme le fait le système opposé, que la femme peut partager ce droit avec lui, ou même le lui enlever totalement pour se l'approprier, serait donc porter une grave atteinte aux pouvoirs du mari comme chef de l'association conjugale et aller par conséquent à l'encontre de la disposition formelle de l'article 1388.

D'un autre côté l'argument d'analogie qu'on prétend tirer de l'article 1550 ne peut non plus nous convaincre. Il est bien vrai que le contrat peut imposer au mari l'obligation de fournir caution, mais même dans ce cas ses pouvoirs de chef, d'administrateur, sont pleinement respectés. Il ne peut recevoir le remboursement des capitaux dotaux que moyennant une certaine condition, fournir caution, mais enfin il peut, et il peut seul, comme le veut la loi, recevoir ce remboursement. Si au contraire la femme pouvait toucher elle-même une partie ou la totalité de ses capitaux, ce serait le droit même du mari de recevoir, et de recevoir seul, le remboursement qui serait, ou gravement compromis, ou même totalement détruit. La situation, on le voit, est bien différente dans ces deux hypothèses que l'on voudrait assimiler. Dans la première, con-

formément à la règle de l'article 1549 et aux pouvoirs qui lui appartiennent comme chef, le mari continue à administrer la dot, à percevoir les capitaux dotaux, la seule différence, toute de détail, est qu'il devra alors fournir caution. Dans la deuxième c'est le droit même de recevoir le remboursement des capitaux dotaux qui est atteint ou même détruit; c'est par conséquent un des attributs reconnus au mari comme chef qui disparaît partiellement ou totalement; il y a là une violation évidente de l'article 1388.

Si les époux peuvent valablement convenir, d'une part que la femme pourra se réserver la jouissance de certains de ses biens, de l'autre que le mari ne pourra recevoir le remboursement des capitaux dotaux qu'à charge par lui de fournir caution, c'est en vertu de dispositions formelles de la loi (art. 1549 et 1550). Au contraire nulle part la loi n'autorise la femme à recevoir elle-même le remboursement de tout ou partie de ses capitaux dotaux. Aussi croyons-nous que toute clause du contrat de mariage qui stipulerait un tel droit pour la femme devra être considérée comme nulle et non avenue.

Une autre question plus vivement controversée encore, est celle de savoir si la femme peut, par une clause du contrat de mariage, se réserver l'administration de ses biens dotaux et l'enlever ainsi au mari, tout en lui en laissant la jouissance.

Il faut d'abord se rendre un compte exact de la valeur des termes mêmes employés dans le contrat. Il faut se demander si, la femme qualifiant certains biens de dotaux et s'en réservant en même temps l'administration, ces biens sont réellement dotaux, ou si c'est à tort que la qualification de dotaux leur a été appliquée par elle. Il y aura alors une question de fait, d'intention, que les tribunaux auront à apprécier. S'il ressort des termes du contrat de mariage que l'intention probable des époux a été d'enlever au mari l'administration de certains biens improprement qualifiés de dotaux, plutôt que de les sou-

mettre à toutes les conséquences de la dotalité, pas de difficulté. La femme était libre de ne se constituer en dot que tels ou tels biens particuliers ou même de ne rien se constituer ; et c'est ce qu'elle a fait dans notre hypothèse.

La question ne se pose donc que pour des biens réellement dotaux dont la femme aurait en même temps prétendu se réserver l'administration.

Dans une opinion très répandue et admise à deux reprises différentes par la Cour de Cassation, on soutient qu'une telle clause est parfaitement valable (1). On raisonne de la façon suivante. D'après l'article 1387 les époux peuvent régler l'association conjugale quant aux biens, comme ils le jugent à propos, ils peuvent combiner comme bon leur semble les différents régimes énumérés par le Code, convenir par conséquent qu'ils adoptent en principe le régime dotal mais que le mari aura seulement relativement aux biens dotaux, l'administration sans la jouissance ou qu'il n'aura ni l'une ni l'autre. Une telle clause est possible à la seule condition de ne pas être contraire aux bonnes mœurs et de ne pas violer les dispositions des articles suivants, « et en outre, dit l'article 1387, sous les modifications suivantes ».

Il est d'abord de toute évidence que la clause par laquelle la femme se réserverait l'administration des biens dotaux n'est nullement contraire aux bonnes mœurs. Elle n'est pas non plus en contradiction avec l'article 1388 qui en édictant que « les époux ne peuvent déroger aux droits *qui appartiennent au mari comme chef* » se réfère aux droits du mari comme chef de la communauté et non du mari comme chef de la dot. Cette disposition a été en effet empruntée à Pothier (2) elle doit donc être entendue dans

---

(1) Rodière et Pont, I, n° 70 et III, n° 736 ; Laurent, XXI, n° 126 ; Guillouard, IV, n^{os} 1792 à 1794, p. 115 et suiv. — Cass., 2 mars 1837, Sir., 37, 1, 193, et 17 février 1886, Sir., 86, 1, 161.

(2) Traité de la communauté, Introduction n° 4.

le sens que Pothier lui-même lui donnait, c'est-à-dire dans le sens de mari, *chef de la communauté.*

« Attendu en droit, dit la Cour suprême dans son récent arrêt rappelé plus haut, que l'article 1387 du Code civil dispose que la loi ne régit l'association conjugale qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et en outre sous les modifications indiquées par la loi.

« Attendu que la clause par laquelle, dans leur contrat de mariage, les époux stipulent le régime dotal, tout en réservant à la femme l'administration de ses biens dotaux, ne saurait être considérée comme contraire à la dignité et à la suprématie du mari dans le mariage et par suite comme contraire aux bonnes mœurs ; que d'un autre côté cette clause n'est interdite par aucune disposition de la loi. »

On reconnaît cependant qu'au cas où la femme se serait réservé l'administration de sa dot, elle ne pourrait en aucun cas la partager avec son mari, ce partage de l'administration n'étant nulle part prévu.

Dans un deuxième système que nous adoptons, cette clause serait nulle comme contraire à l'ordre public et à l'article 1388 qui prohibe toute stipulation de nature à porter atteinte aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale.

En droit romain et dans notre ancien droit le mari a toujours eu l'administration des biens dotaux ; aucun texte à aucune époque n'a jamais supposé, ni même laissé supposer que cette administration pourrait être enlevée au mari pour être confiée à la femme. Les travaux préparatoires sont aussi très formels en ce sens.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 2 mars 1837, invoqué dans le premier système, peut d'ailleurs très bien s'entendre en ce sens que c'était par erreur que la femme avait qualifié de dotaux les biens dont elle s'était réservé l'administration.

Dans notre hypothèse nous supposons qu'aucun doute ne peut s'élever sur l'intention des parties et que les biens qualifiés de dotaux sont réellement dotaux dans toute l'acception du mot. Or, les biens dotaux sont précisément et par définition ceux dont le mari a la jouissance et l'administration. Enlever cette dernière au mari serait détruire ce caractère de dotalité que les époux ont voulu imprimer à ces biens. Cette seule raison suffirait, à notre avis, pour faire rejeter la solution proposée par les partisans du premier système.

L'article 1388 s'y oppose d'ailleurs de la façon la plus précise, car on ne peut sérieusement prétendre qu'il ne se réfère qu'aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté. Sa construction grammaticale d'abord, le prouve surabondamment. Il s'occupe dans son premier membre de phrase des droits résultant pour le mari de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, et il ajoute « *ou* qui appartiennent au mari comme chef ». Ce second membre de phrase ne peut plus désigner les pouvoirs du mari comme chef sur la personne de la femme et des enfants, il ne ferait alors que répéter bien inutilement ce qui a déjà été posé par les mots précédents ; il faut donc qu'il se rapporte à d'autres actes, c'est-à-dire aux pouvoirs du mari *quant aux biens* et comme chef de la société pécuniaire. La conjonction *ou* (et non pas *et*) qui relie ces deux membres de phrase montre bien qu'il en est ainsi.

Enfin, c'est à tort, croyons-nous, que la Cour de Cassation prétend « que cette clause n'est interdite par aucune disposition de la loi ». Il y a en effet, la formule impérative de l'article 1549 al. 1, « le mari *seul* a l'administration des biens dotaux pendant le mariage », qui ne peut permettre l'administration de ces mêmes biens par la femme.

En résumé la clause par laquelle les époux conviennent d'adopter le régime dotal et de réserver en même temps l'administration des biens dotaux à la femme contient

deux propositions essentiellement contradictoires, dont l'une doit forcément disparaître devant l'autre, et c'est la stipulation d'après laquelle l'administration serait enlevée au mari qui doit être sacrifiée et déclarée nulle et non avenue (1).

§ II. — Emploi.

Le mari, avons-nous dit, a le droit de toucher les créances dotales. Mais, pour mieux garantir ses intérêts, la femme aurait pu par le contrat de mariage subordonner ce droit du mari à une condition d'emploi, et apporter ainsi une restriction importante aux pouvoirs ordinaires attribués au mari par l'article 1549. La clause d'emploi peut d'ailleurs porter indifféremment sur une partie déterminée ou sur la totalité des capitaux dotaux.

Il faut supposer que le contrat de mariage contient une clause expresse à cet égard, car s'il est vrai que la femme peut imposer au mari l'obligation de faire l'emploi des sommes dotales par lui perçues, il est non moins certain que cette obligation ne lui incombe qu'autant qu'elle est expressément formulée par les époux ; elle n'est ni de l'essence ni même de la nature du régime dotal ; dans le silence du contrat de mariage à cet égard, le mari ne serait nullement tenu à faire emploi, et les débiteurs qui paieraient entre ses mains seraient valablement libérés.

On devra avant tout, pour la manière dont l'emploi devra être fait, se conformer aux prescriptions contenues à cet effet dans le contrat de mariage. Le mari devra effectuer l'emploi comme le lui impose le contrat, sinon les tiers peuvent se refuser à payer.

---

(1) Troplong, 1, 69 ; Aubry et Rau, § 535, texte et note 16, p. 549. — Lyon-Caen, note Sir., 86, 1, 161. — Labbé : Revue critique, 1887, p. 442 et suiv.

Mais il peut arriver que les époux n'aient pas indiqué, dans leurs conventions matrimoniales, que l'emploi devra être fait par le mari en tels ou tels biens déterminés et avec telles ou telles formalités. Que faudra-t-il alors décider ? Nous croyons qu'on devra appliquer les dispositions des articles 1434 et 1435 et tout ce que nous avons dit à propos de ces deux textes en traitant cette même question sous le régime de communauté. — Ainsi l'emploi devra être fait en immeubles ou en actions de la Banque de France immobilisées (Décret du 16 janvier 1808, article 7) ou en rentes 3 0/0 sur l'Etat français (Loi du 2 juillet 1862, art. 46). Cette disposition a été étendue aux rentes françaises de toute nature par la loi du 16 septembre 1871 dont l'article 29 est ainsi conçu : « Les sommes dont le placement ou le remploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit entre vifs ou testamentaire, peuvent, à moins de clause contraire, être employées en rentes françaises de toute nature ». C'est ce qu'avait déjà décidé un arrêt de la cour de Bourges du 16 mars 1870 (Sir. 70, 2, 218).

Ainsi encore, à notre avis du moins, l'emploi pour être valable doit être accepté par la femme. Ce point est cependant vivement discuté.

Dans un premier système qui compte de nombreux partisans l'acceptation de la femme ne serait pas nécessaire, à supposer toujours que le contrat de mariage fût muet sur ce point. (1)

Les arguments présentés pour soutenir cette solution peuvent être classés de la façon suivante :

1° Si l'on admettait que la validité de l'emploi fait par le mari dût être subordonnée à l'acceptation, le mari serait

---

(1) Toullier, XII, 364 ; Rodière et Pont, III, n° 1695 ; Laurent, XXIII, nos 468 et 519. — Rouen, 26 avril 1872, Dall., 74, 2, 118.

entièrement à la merci de la femme qui sans raison et par pur caprice, pourrait systématiquement refuser tous les emplois qui lui seraient offerts, causer ainsi un grave préjudice au mari et au ménage lui-même, enfin empêcher les tiers débiteurs des capitaux dotaux de se libérer ;

2° Le mari peut en principe, après avoir poursuivi les débiteurs, ou reçu d'eux les sommes dont ils étaient redevables, et en vertu de son quasi-usufruit, faire des deniers dotaux tel usage que bon lui semble. Aucune restriction ne peut être apportée à ce droit du mari sinon par une clause expresse. Il est possible que le contrat de mariage contienne une clause d'emploi ; le mari devra s'y conformer et employer, selon les règles indiquées soit par le contrat de mariage lui-même soit par la loi, les sommes par lui reçues. Si son droit est ainsi restreint, c'est en vertu d'une disposition spéciale et formelle. Mais décider qu'en outre, et par ce fait seul que l'obligation de faire emploi lui est imposée, il devra consulter la femme pour savoir si l'emploi qu'il a fait ou se propose de faire, plaît à cette dernière, obtenir son assentiment, serait apporter aux pouvoirs du mari une restriction que n'autorisent, ni la loi, ni la convention, puisque, par hypothèse, le contrat de mariage, est muet à cet égard ;

3° De plus, si l'emploi est imposé au mari par le contrat de mariage, on peut dire qu'il a par cela même reçu plein pouvoir de l'effectuer ; la femme lui a ainsi donné par avance son consentement, elle n'a donc plus, l'emploi une fois accompli, à l'accepter ou à le refuser. Par cela seul qu'elle a stipulé dans le contrat de mariage la clause d'emploi, elle a donné par anticipation son assentiment à tout emploi que, en vertu de cette stipulation, le mari devra faire par la suite. Le mari est à ce point de vue un véritable mandataire de la femme ;

4° Enfin l'article 1553, qui pose pour le régime dotal le principe de la condition de l'emploi, n'exige en aucune façon l'acceptation de la femme ;

D'après un deuxième système que nous ne ferons que

mentionner, la question se résoudrait par une distinction (1).

Dans les rapports du mari et de la femme entre eux, celle-ci pourrait, à son choix, accepter ou refuser l'emploi. Au contraire, dans les rapports du mari avec les tiers, l'acceptation de la femme ne serait plus nécessaire. L'emploi fait par le mari seul serait, à l'égard des débiteurs, pleinement valable ; le paiement qu'ils feraient entre les mains du mari les libèrerait entièrement et ils pourraient y être contraints dès que celui-ci justifierait d'un emploi convenable.

Pour notre part, nous n'hésitons pas à nous rallier à une troisième opinion, d'après laquelle la validité de l'emploi exige toujours l'acceptation de la femme, celle-ci restant toujours libre par conséquent d'accepter ou de refuser au mieux de ses intérêts (2).

Si le mari est dans une certaine mesure à la merci de la femme, c'est une conséquence forcée et nécessaire de la clause d'emploi ; car si la femme ne devait pas être appelée à se prononcer, la clause d'emploi ne servirait plus à rien ou tout au moins serait loin de remplir le but pour lequel elle a été créée. D'ailleurs, en pratique, la femme ne refusera jamais son consentement sans des motifs sérieux ; il est, en effet, de son intérêt que l'emploi soit fait le plus vite possible, car tant qu'il n'est pas effectué, elle n'a qu'une créance contre son mari, créance qui peut, du reste, être plus ou moins sûre. Enfin si, comme le suppose le premier système, la femme, par pur caprice et sans raison sérieuse, refusait indéfiniment son consentement, nous croyons que le mari pourrait s'adresser aux tribunaux et la forcer ainsi à se prononcer.

---

(1) Benech, De l'emploi et du remploi de la dot, nº 41.

(2) Troplong, IV, nº 3198 ; Marcadé, s. art. 1553, III, p. 43 ; Aubry et Rau, V, § 534, texte et note 31, p. 539 ; Colmet de Santerre, VI, nº 225 bis, VIII, p. 470 et suiv. ; Guillouard, IV, nº 1748, p. 65 à 67. — Pau, 29 février 1860, Sir., 60, 2, 415 ; Cass., 12 juin 1865, Dall., 65, 1, 444.

Sans doute le mari peut, en principe, disposer à son gré des deniers dotaux qu'il a perçus, mais certaines restrictions peuvent être apportées à cette règle, et c'est précisément ce que fait la stipulation dans le contrat de mariage de la nécessité de faire emploi, stipulation qui a pour but d'empêcher le mari de dissiper ces deniers. Or, si la femme n'avait pas le droit de contrôler l'emploi, ce but ne serait pas atteint. Il est bien vrai que le mari ne pourrait plus disposer, selon son bon plaisir, des sommes dotales et de les dissiper à sa guise, puisqu'il serait tenu par le contrat de mariage de les employer ; mais, ce qui reviendrait exactement au même, il pourrait en faire un emploi dérisoire. Le but même en vue duquel l'emploi a été établi exige donc, pour sa validité, l'acceptation de la femme.

Il n'est pas exact de dire que, par cela seul que la femme a fait insérer dans le contrat de mariage une clause d'emploi, elle a donné par avance son consentement à tout emploi que pourrait faire dans la suite le mari. Tout ce qu'elle a voulu, en agissant ainsi, c'est empêcher que le mari, qui en vertu de son quasi-usufruit devient propriétaire des sommes dotales une fois qu'il les a touchées, ne puisse en disposer à sa fantaisie, comme cela arriverait si l'emploi n'en avait pas été stipulé. Voilà le but et l'effet de cette clause. En conclure que le mari a le droit d'imposer à la femme tel ou tel bien acquis en emploi sous prétexte qu'elle a consenti à l'avance par la stipulation même de l'emploi, nous semble donner à cette clause une portée beaucoup trop étendue que rien d'ailleurs ne justifie. En tout cas on nous accordera bien qu'une telle interprétation est au moins fort douteuse ; la volonté de la femme de donner dans le contrat de mariage son consentement à tout emploi postérieur est loin d'apparaître d'une façon certaine, et cela suffirait pour faire rejeter l'opinion que nous combattons.

L'article 1553, ajoute-t-on enfin, n'exige pas l'acceptation de l'emploi ; mais il n'exige pas plus la déclaration du mari

dans l'acte d'acquisition que l'immeuble est acquis en emploi des deniers dotaux, et cependant la nécessité de cette déclaration n'en est pas moins certaine et reconnue de tous.

L'article 1553 n'avait pas plus à s'occuper de l'une que de l'autre de ces conditions. Son but a été, non pas de régler les formalités suivant lesquelles l'emploi devait être effectué, mais de faire cesser une controverse qui existait antérieurement à la rédaction du Code civil, sur le point de savoir si l'immeuble acquis des deniers dotaux devait être ou non considéré comme dotal.

Nous ne nous arrêterons pas au second système, tout ingénieux qu'il puisse paraître au premier aspect. La distinction qu'il propose est absolument arbitraire, elle ne repose sur aucune base certaine. Ni les textes, ni l'esprit de la loi n'autorisent à donner deux solutions différentes suivant que l'on considère les rapports du mari, soit avec la femme, soit avec les débiteurs des deniers dotaux.

Enfin la solution que nous donnons avec la majorité des auteurs et des arrêts, se trouve encore confirmée par les considérations suivantes :

Les biens que le mari va acquérir avec les deniers dotaux vont devenir la propriété de la femme, et on ne conçoit pas qu'une personne puisse devenir propriétaire d'un bien sans donner son consentement.

Pour le régime de communauté, l'article 1435 exige expressément l'acceptation de la femme; on ne voit pas pourquoi il n'en serait plus de même pour le régime dotal. Les motifs de décider ainsi sont les mêmes sous les deux régimes, l'intérêt de la femme commande toujours que l'emploi soit effectué à son plus grand avantage et en tout cas à sa convenance; c'est évidemment elle qui est, à ce point de vue, le meilleur juge, et si en vertu de l'incapacité qui la frappe elle ne peut faire elle-même cet emploi, il est au moins équitable qu'elle soit consultée.

Il en serait autrement si la femme avait déclaré dans le contrat de mariage s'en rapporter à son mari. C'est alors,

mais alors seulement qu'on devrait la considérer comme ayant donné son consentement à l'avance.

Cette acceptation de la femme dont nous avons essayé de montrer la nécessité peut d'ailleurs avoir lieu à un moment quelconque ; il n'est pas indispensable qu'elle soit contenue dans l'acte d'acquisition même. Néanmoins il faut que la femme se prononce avant que ne s'ouvre son droit de demander au mari la restitution de la dot, c'est-à-dire avant la dissolution du mariage ou la séparation de corps ou de biens.

Pour faire un emploi valable le mari doit encore déclarer que l'acquisition qu'il fait, est faite des deniers dotaux et pour leur tenir lieu d'emploi. La circonstance qu'il aurait en fait payé le prix du bien acquis en emploi, avec les capitaux dotaux, fût-elle même prouvée par lui, ne suffirait pas pour dégager la responsabilité qu'il encourt de ce chef (1).

La Cour de Bourges a jugé que cette déclaration exigée en général du mari dans l'acte d'acquisition n'était pas nécessaire dans le cas qui lui était soumis où le contrat de mariage portait que « les premières acquisitions faites pendant le mariage serviront d'emploi » (2). Dans une opinion que nous croyons erronée, cette clause serait bien utile entre les deux époux et dans leurs rapports respectifs, mais elle serait sans effet vis-à-vis des tiers à l'égard desquels il faudrait que l'acte d'acquisition fît preuve par lui-même que l'immeuble a été acquis à titre d'emploi.

Quand la déclaration du mari est nécessaire, elle doit être faite dans l'acte d'acquisition même. Cependant si le mari avait acquis un immeuble sans déclarer qu'il acquérait avec des deniers dotaux et pour leur tenir lieu d'emploi, la femme pourrait néanmoins accepter cet immeuble ; il y aurait alors *datio in solutum*.

---

(1) Nancy 26 juin 1883. Dall., Cont. de mar., n° 4010, 6.
(2) 1er février 1831, Sir., 31, 2, 253.

Faut-il en outre que l'acquisition faite par le mari à titre d'emploi, le soit exactement avec les mêmes pièces de monnaie qu'il a reçues des débiteurs de sommes dotales? Evidemment non. On admet même généralement qu'il pourrait, bien que n'ayant pas encore reçu le remboursement des capitaux dotaux, faire l'emploi en avançant la somme nécessaire *de suo*. Cette opération ne peut que procurer un avantage peut-être considérable à la femme (1).

Si l'immeuble acquis à titre d'emploi, l'avait été pour une somme supérieure au montant des deniers dotaux, dont il devait être fait emploi, cet immeuble ne deviendrait dotal que pour partie proportionnellement à la somme dotale employée à son achat par rapport à son prix total. La solution admise en pareil cas dans le régime de communauté et d'après laquelle l'immeuble serait propre pour le tout à charge par la femme de récompense vis-à-vis de la communauté, ne peut pas être adoptée pour le régime dotal : la dot serait ainsi augmentée pendant le mariage ce qui serait contraire à l'article 1543 ; de plus, des valeurs appartenant jusque-là au mari, prendraient le caractère de dotalité dont ils devraient suivre les règles, ce qui est impossible.

Si l'emploi a été fait dans les conditions que nous venons de rappeler, le tiers débiteur pourra être contraint de payer entre les mains du mari sans avoir à craindre de payer une seconde fois ; quoiqu'il puisse arriver par la suite, le paiement ainsi fait le libérera entièrement et d'une façon définitive.

Si, au contraire, le mari ne justifie pas d'un emploi régulier, le tiers débiteur pourra se refuser à payer, sauf la faculté pour lui de déposer le montant de sa dette à la caisse des dépôts et consignations. Il ne peut être tenu de garder par devers lui une somme très importante peut-être,

---

(1) Limoges, 18 août 1865, Sir., 66, 2, 192.

et d'un autre côté il ne serait pas prudent de sa part de la verser entre les mains du mari, puisque si celui-ci la dissipait, puis devenait insolvable, il demeurerait obligé envers la femme et devrait payer une seconde fois, en ne gardant contre le mari qu'un recours illusoire.

On formule souvent ce résultat en disant que la clause d'emploi est par elle-même opposable aux tiers.

Ce point fait cependant l'objet d'une sérieuse controverse, et une doctrine très considérable tant par le nombre de ses partisans, que par l'autorité qui s'attache à leurs noms, enseigne que la clause d'emploi ne peut être opposée aux tiers, c'est-à-dire que ceux-ci ne devront se refuser à payer entre les mains du mari sans justification préalable d'un emploi régulier, que dans le cas où le contrat de mariage s'en expliquerait formellement (1). Bien que le contrat de mariage impose au mari l'obligation de faire emploi des deniers dotaux, le tiers-débiteur n'en pourrait pas moins effectuer son paiement entre les mains du mari et ce paiement le libérerait entièrement. Il n'en serait autrement que s'il résultait d'une façon précise des termes du contrat de mariage que la femme avait entendu faire dépendre la validité du paiement opéré par le débiteur, de l'accomplissement de la clause d'emploi, de la condition *sine qua non* que bon et valable emploi des deniers dotaux devrait être fait par le mari.

Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, le tiers débiteur ne devrait payer que sur justification d'un emploi acceptable et régulier. En un mot, la clause d'emploi ne serait opposable aux tiers que lorsqu'il résulterait clairement du contrat de mariage que telle a bien été l'intention des époux.

Pour en décider ainsi, ces auteurs se fondent sur les raisons suivantes.

---

(1) Aubry et Rau, V, § 535, texte et note 19, p. 550 ; Colmet de Santerre, VI, n° 225 bis, VII, p. 470 ; Baudry-Lacantinerie, III, n° 366, p. 230 ; Guillouard, IV, n° 1798, p. 122. — Cass., 7 novembre 1854, Dall., 55, 1, 26.

Dans le régime de communauté, cette question ne fait aucun doute et, de l'aveu de tout le monde, la clause d'emploi ne pourra être opposée aux tiers débiteurs qu'autant que le contrat de mariage le dira en termes exprès ; il doit encore en être de même dans le régime dotal, car il n'y a aucun motif d'établir une différence quelconque à ce sujet entre les deux régimes.

En outre, il ne faut pas confondre les deux clauses d'emploi et de remploi. S'il s'agissait du remploi du prix provenant de la vente d'immeubles dotaux, cette clause de remploi serait, il est vrai, opposable aux tiers acquéreurs, que son défaut d'accomplissement rendrait responsables, en ce sens qu'ils seraient exposés à payer deux fois ; mais c'est que dans ce cas on se trouve en présence du principe de l'inaliénabilité. L'aliénation d'un immeuble dotal par le mari n'est valable que parce qu'elle est permise par la loi ou le contrat de mariage, et sous la condition expresse qu'un autre immeuble sera acquis en remplacement du premier. Les tiers qui voudront conserver leur acquisition de l'immeuble dotal et en prouver la validité, devront exciper de la faculté d'aliénation autorisée en particulier par le contrat. Or, comme cette faculté n'a été accordée que sous condition, les tiers ne pourront pas prétendre que la vente à eux faite est valable, si la condition imposée à l'aliénabilité n'a pas été remplie. Pour que la vente d'un immeuble dotal ait pu valablement être faite, il faut deux choses : d'abord que l'aliénation en soit permise, ensuite qu'un autre immeuble soit acquis en remplacement. Les tiers devront donc se soumettre à ces deux conditions, ils ne pourront pas se prévaloir de l'une et repousser l'autre. On comprend donc très bien que la clause de remploi leur soit opposable.

Mais il n'en est plus de même quand il s'agit d'une clause d'emploi à propos de laquelle ne se rencontre plus le principe d'inaliénabilité. Le mari a plein et entier pouvoir de toucher les créances dotales, le contrat de mariage n'a nullement besoin de lui accorder ce droit, il l'a dans

tous les cas en vertu de l'article 1549, al. 2. On ne doit donc pouvoir en décider autrement et en particulier l'empêcher de recevoir le remboursement des deniers dotaux, comme on le ferait en permettant aux débiteurs de ces deniers de ne pas payer tant qu'il ne justifie pas d'un emploi valable. Il va sans dire que le contrat de mariage pourrait apporter une telle restriction aux pouvoirs ordinaires du mari; mais encore faut-il que l'intention de la femme à cet égard soit certaine. La simple cause d'emploi n'implique pas nécessairement cette volonté de la femme; elle peut très bien n'avoir été insérée que pour obliger le mari à acquérir un immeuble, lequel deviendra dotal, et l'empêcher de la sorte de dissiper les deniers dotaux dont il devient propriétaire en les percevant, et dont il aurait pu, par conséquent, en l'absence de toute clause d'emploi, disposer comme bon lui aurait semblé au détriment de la femme. Les débiteurs, dans le silence du contrat, sont donc autorisés à croire que la femme n'a fait que prendre une précaution vis-à-vis de son mari; ils pourront donc se libérer valablement en remettant le montant de leurs dettes au mari sans avoir besoin d'exiger de sa part la justification d'un emploi régulier. Il est encore à remarquer qu'à la différence de ce qu'on constate pour la clause de remploi, les tiers débiteurs n'ont aucun intérêt à se prévaloir de la clause d'emploi.

Malgré ces raisons très fortes, il faut le reconnaître, nous ne pouvons nous ranger à cette opinion. Sans doute, ce système garantit peut-être mieux le crédit du mari et les droits des tiers, mais il ne faut pas oublier que nous sommes sous le régime dotal, lequel a exclusivement en vue les intérêts de la femme et la conservation de la dot; que, sous ce régime, il ne faut pas trop argumenter de l'équité. Cette remarque absolument vraie explique que la solution admise pour le régime de communauté ne doit pas nécessairement s'imposer pour le régime dotal dont les règles spéciales appellent et justifient, au contraire, une solution différente. De ce que, sous le régime de com-

munauté, la clause d'emploi n'est pas par elle-même et dans le silence du contrat de mariage opposable aux tiers, on ne peut pas être autorisé à en conclure qu'il en est encore de même sous le régime dotal. En versant entre les mains du mari les fonds par eux dus, les débiteurs ont commis une faute, car le recours de la femme contre les débiteurs, qui ont ainsi payé un peu à la légère, a toujours été admis.

« Dans l'intérêt de qui, disent fort bien MM. Rodière et Pont, le contrat contient-il la clause d'emploi ? Ce n'est évidemment ni dans l'intérêt du mari, puisque la clause le gêne, ni dans l'intérêt du débiteur de la dot, à qui il est indifférent que le mari s'enrichisse ou qu'il se ruine. Ce ne peut donc être que dans l'intérêt de la femme. Comment comprendre alors que le débiteur de la dot puisse, en payant sans emploi, sacrifier le seul intérêt qu'on a voulu garantir ? Si l'on trouve dans l'ancien droit quelques autorités en sens contraire, il faut l'attribuer en partie à ce que les contrats de mariage avaient un caractère moins public et moins incommutable qu'ils ne l'ont aujourd'hui. »

Il arrive souvent dans la pratique, que, pour plus de sécurité, les débiteurs consignent la somme par eux due, pour ne la payer que sur un jugement déclarant l'emploi bien fait.

Etant admis que la clause d'emploi est opposable aux tiers, on n'est plus d'accord sur la manière dont la responsabilité doit être encourue par eux.

D'après les uns, on devrait admettre encore aujourd'hui la solution de notre ancien droit et décider que la femme ne pourra recourir contre les tiers débiteurs que subsidiairement et en cas d'insuffisance de son recours contre son mari. S'il en est ainsi, le danger que couraient les tiers de payer une seconde fois, sans être radicalement supprimé, ne se trouve pas moins considérablement diminué.

D'après une autre opinion qui nous paraît plus juridique, la femme n'aurait à s'inquiéter à aucun moment de l'insolvabilité de son mari ; le paiement fait par les débi-

teurs serait nul comme fait à une personne incapable de le recevoir puisqu'il serait fait sans un bon et valable emploi. La femme pourrait, à son choix, recourir soit contre le mari, soit contre les tiers, ce qu'elle ne manquera pas de faire si le mari devient insolvable.

En résumé nous croyons que le paiement fait par des tiers débiteurs de deniers dotaux ne les libérera qu'autant que les sommes ainsi versées par eux au mari seront employées par celui-ci à l'acquisition, acceptée par la femme, d'un immeuble, en d'autres termes, que la clause d'emploi leur sera par elle-même opposable (1).

En sa qualité d'administrateur le mari dotal doit apporter à la conservation de la dot tous les soins d'un bon père de famille. Si donc l'emploi que lui impose le contrat de mariage, devenait dans la suite insuffisant ou inefficace, il en serait responsable ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le constater. Mais sa responsabilité ne serait engagée qu'autant qu'on pourrait lui reprocher une négligence quelconque. Si l'immeuble par lui acquis avec des deniers dotaux et à titre d'emploi représentait au moment de l'acquisition une valeur égale ou même supérieure au montant de la créance dotale employée, puis que postérieurement il vînt à être détruit ou détérioré par pur cas fortuit, il est évident qu'il ne pourrait plus être déclaré responsable. Il a fait ce qu'il devait et cela, nous le supposons, d'une façon avantageuse pour la femme; c'est tout ce qu'on était en droit d'exiger de lui (2).

Si le contrat de mariage ne contenait pas de clause d'emploi, aucune des règles ci-dessus ne s'appliquerait. Non seulement les débiteurs se libéreraient totalement en payant le montant de leur dette au mari, mais ils pourraient y être contraints sans pouvoir exiger du mari la

---

(1) Troplong, IV, n° 3120 ; Rodière et Pont, III, n° 1705 ; Marcadé, s. art. 1553, III, p. 42. — Cass., 1er février 1859, Sir., 59, 1, 689. — Paris, 23 mars 1844, Sir., 44. 2, 131.

(2) Cass., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 209.

justification d'un emploi quelconque. De même le mari ne pourrait jamais être déclaré responsable d'un défaut d'emploi, les sommes qu'il toucherait, deviendraient, en vertu des règles du quasi-usufruit, son entière propriété, il pourrait en disposer à son gré et même les dissiper sans que la femme ait d'autre ressource que celle de demander la séparation de biens.

§ III. — Remploi.

Quand, par exception, un immeuble dotal peut être aliéné, l'aliénation n'en est ordinairement permise qu'avec certaines précautions. La plus fréquente est la clause de remploi. Il peut être convenu dans le contrat de mariage, et c'est ce qui arrive la plupart du temps, que le mari ne pourra vendre un immeuble dotal qu'à la condition d'en faire le remploi, c'est-à-dire de racheter, avec le prix produit par cette vente, un autre immeuble destiné à prendre la place de l'ancien. Cette clause déjà très fréquente dans notre ancien droit est devenue aujourd'hui la règle ordinaire. Le régime dotal a en effet pour principal but la conservation de la dot; dès lors on comprend que la femme qui adopte ce régime, si elle autorise l'aliénation d'un des immeubles qu'elle se constitue en dot, ce qui peut être nécessaire ou très avantageux dans certaines circonstances, ne l'autorise du moins qu'à la condition que sa dot n'en sera pas diminuée et qu'elle impose par conséquent au mari l'obligation d'acquérir un autre immeuble en remplacement.

Comme dans l'opération précédente, il faut que la nécessité du remploi ressorte nettement des termes du contrat de mariage, sans quoi, l'aliénation d'un immeuble dotal étant permise purement et simplement, rien ne pourrait obliger le mari à acquérir un autre immeuble aux lieu et place du premier. Il est à peu près universellement admis que la clause par laquelle le mari serait autorisé à

aliéner un immeuble dotal « à la charge de le reconnaître et assurer » ou « à charge d'hypothèque sur ses biens » ne pourrait être considérée comme équivalente à une véritable clause de remploi et en particulier devenir opposable aux tiers.

Ce que nous avons dit dans les pages précédentes de la clause d'emploi nous dispense d'entrer dans l'examen détaillé de la clause de remploi. Les mêmes règles sont en effet applicables.

C'est ainsi que, contrairement à ce qui a lieu sous le régime de communauté, la clause de remploi est par elle-même opposable aux tiers. Ce point est admis même par les auteurs cités plus haut et qui en décident autrement pour la clause d'emploi. Nous n'avons pas à revenir sur cette question qui a été examinée quand nous nous sommes demandé si la clause d'emploi devait, elle aussi, être opposable aux tiers. L'acquéreur de l'immeuble dotal sera donc responsable de la régularité ou de l'utilité du remploi, en ce sens qu'il pourra être évincé ou contraint à payer son prix une seconde fois.

Outre qu'elle est opposable aux tiers, cette clause est aussi et surtout obligatoire pour le mari qui peut être contraint d'effectuer le remploi, même pendant la durée du mariage. S'il ne le fait pas, il peut être tenu à des dommages-intérêts envers la femme, et celle-ci peut être autorisée par justice à toucher elle-même le prix de l'immeuble aliéné pour en opérer le remploi (1).

Le tiers acquéreur pourra se refuser au paiement de son prix tant qu'il ne lui sera pas justifié d'un remploi régulier. Il sera donc prudent de sa part de payer directement le prix de l'immeuble dotal entre les mains du tiers qui aura vendu l'immeuble destiné à remplacer le premier. Pour plus de sûreté encore, il ne devrait payer que sur un jugement déclarant le remploi bon et valable. Cette dernière précaution est aussi très recommandable pour le débiteur

---

(1) Toulouse, 5 février 1870, Dall., 72, 2, 54.

de deniers dotaux, quand une clause d'emploi est stipulée, et la pratique en fait de fréquentes applications. Dans une certaine opinion, le paiement fait seulement après jugement déclarant le remploi bon et valable, ne dispenserait pas le tiers acquéreur de surveiller la façon dont le remploi pourrait être effectué dans la suite par le mari (1). Toutefois, le tiers acquéreur ne pourrait être rendu responsable de la perte ou des détériorations survenues aux immeubles acquis en remplacement, après leur acquisition, si ces détériorations avaient été causées par la faute ou la négligence du mari, sans qu'on puisse lui adresser à lui-même aucun reproche (2).

Si le contrat de mariage indique en quels biens le remploi devra être effectué, on en suivra les prescriptions. Sinon, de même que l'emploi, le remploi devra être fait en immeubles autant que possible de même nature que les immeubles aliénés, ou en rentes sur l'État, à moins de clause contraire dans le contrat de mariage. Avant les lois de finance des 2 juillet 1862 et 16 septembre 1871, la Cour de Rouen, par un arrêt du 7 mai 1853 (Dall., 53, 2, 215), avait jugé que le remploi ne pouvait pas être effectué en rentes sur l'État, ces rentes n'étant pas susceptibles d'immobilisation. Tout autre mode de remplacement, malgré les avantages qu'il pourrait procurer à la femme serait insuffisant. Par exemple, si le mari, avec le prix de vente obtenu, constituait une rente viagère au profit de la femme, ou une hypothèque, ou encore acquittait des dettes grevant les immeubles dotaux, bien qu'il puisse y avoir là un acte d'excellente administration dans le sens vulgaire du mot, la condition de remploi imposée pour la validité de l'aliénation de l'immeuble dotal, ne devrait pas être considéré comme remplie.

---

(2) Caen, 26 janvier 1872, Sir., 72, 2, 49 ; Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 96, p. 583.

(1) Cass., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 209.

Le mari doit employer à l'achat de l'immeuble nouveau, aussi bien les sommes accessoires, pots de vin et autres, que le prix principal.

Le remploi pourrait également être fait par anticipation (1).

L'immeuble acquis en remplacement d'un immeuble dotal devient lui-même dotal, mais il peut être également aliéné à charge de remploi. Il devient dotal à partir de l'acceptation de la femme aux risques de laquelle il sera désormais, s'il vient à périr ou à se détériorer, sans aucune faute ni aucune négligence de la part du mari (2).

Comme les frais d'emploi, les frais de remploi sont à la charge de la femme et seront pris sur ses biens paraphernaux ou, dans le cas où elle n'en aurait pas, sur le prix d'aliénation. C'est évidemment à tort que la Cour de Caen avait décidé, dans un premier arrêt du 18 décembre 1837 (Sir., 37, 2, 186) que ces frais devaient être à la charge de l'acquéreur de l'immeuble dotal, puis dans un autre arrêt du 7 juillet 1845, qu'ils devaient être à la charge du mari. Elle a, d'ailleurs, reconnu ses erreurs et est revenue à la solution véritable le 19 juin 1852 (Sir.. 56, 2, 129).

Section VI. — Des causes qui mettent fin à l'administration du mari.

Les mêmes causes qui, sous le régime de communauté, mettent fin aux pouvoirs d'administration du mari sur les biens personnels de la femme font également cesser ses pouvoirs sur les biens dotaux. Ainsi ses droits de jouissance et d'administration prendront fin, à l'époque et sous les conditions que nous avons déterminées, par la mort de l'un ou de l'autre des époux, le divorce, le jugement qui

---

(1) Cass., 24 juillet 1884, Dall., 85, 1, 460.

(2) Cass., 9 mars 1870, Sir., 70, 1, 283 ; Aubry et Rau, V, § 537.

prononce la nullité du mariage. Nous nous bornerons donc à renvoyer aux développements que nous avons donnés à l'examen de cette question dans la première partie de cette thèse.

Il n'y a même pas lieu, au point de vue de l'administration et de la jouissance du mari, de mettre à part la séparation de biens, soit principale, soit accessoire à une séparation de corps. Sous le régime dotal comme sous le régime de communauté, la séparation de biens met fin aux pouvoirs du mari, et rend à la femme la jouissance et l'administration de ses biens dotaux (art. 1449, al. 1, et 1563) ; les causes pour lesquelles elle peut être demandée, la procédure à suivre pour en obtenir la prononciation par jugement, sont identiquement les mêmes (art. 1563). Ce qu'elle présente de particulier au régime dotal ce sont les effets qu'elle produit sur l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des immeubles dotaux, effets dans le détail desquels nous n'avons pas à entrer et qu'il suffira d'indiquer.

Après la séparation de biens comme avant, les immeubles dotaux restent inaliénables (art. 1554) ; ils ne peuvent être aliénés que dans les cas exceptionnels prévus et limitativement déterminés par les articles 1555 à 1559 et sous les mêmes conditions ; mais ils deviennent prescriptibles (art. 1561). Cette différence entre l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité s'explique par l'influence de la tradition romaine ; il eût peut-être été plus logique de maintenir également l'imprescriptibilité, toutefois il est bon de remarquer que la femme reprenant, par l'effet de la séparation de biens, l'exercice de toutes ses actions aura en son pouvoir le moyen d'interrompre ou faire tomber toute prescription pouvant courir contre elle.

D'un autre côté il faut tenir compte de la disposition de l'article 2256 et décider que, même après la séparation de biens, et malgré la prescriptibilité générale posée par l'article 1561, al. 2, la prescription serait suspendue dans tous les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari.

La jurisprudence, dans sa théorie de l'inaliénabilité de

la dot mobilière, aboutit à ce résultat singulier qu'une fois la séparation de biens prononcée les meubles dotaux deviennent absolument inaliénables. La femme reprend bien, disent les arrêts, la jouissance et la libre administration de ses biens dotaux, elle peut exiger et recevoir le remboursement des capitaux qu'elle s'est constitués en dot, mais elle n'en demeure pas moins soumise à l'obligation de les conserver, elle ne peut en disposer (1).

Pour nous, la dot mobilière étant parfaitement aliénable, la femme, même pendant le mariage et sous la seule condition d'obtenir l'autorisation nécessaire à toute femme mariée, peut parfaitement aliéner ses meubles dotaux. A plus forte raison doit-elle avoir ce droit après la séparation de biens. Mais à ce moment ses pouvoirs ne seront pas plus étendus qu'antérieurement, en ce sens qu'elle aura toujours besoin de l'autorisation de son mari ou à son défaut de celle de justice ; si les pouvoirs du mari comme administrateur n'existent plus, sa puissance maritale n'en subsiste pas moins avec le mariage lui-même : la femme ne se trouve donc pas dispensée d'obtenir l'autorisation maritale qui, d'après les règles générales de notre droit en cette matière, lui est nécessaire en sa qualité de femme mariée tant que dure le mariage. La combinaison des articles 1563 et 1449 ne permet d'ailleurs aucun doute à cet égard. L'article 1563 renvoie pour tout ce qui concerne la séparation de biens sous le régime dotal « aux articles 1443 et suivants » par conséquent à l'article 1449 qui dispose expressément que la femme séparée soit de corps et de biens soit de biens seulement « peut disposer de son mobilier et l'aliéner. »

La solution que nous proposons s'impose même dans le système qui reconnaît au mari seul, le droit d'aliéner les meubles dotaux pendant le mariage. C'est en effet ce qu'admettent MM. Laurent (XXIII, n° 556) et Guillouard (IV, n° 2105, p. 407).

---

(1) Cass., 13 décembre 1865, Dall., 66, 1, 19, et 12 mars 1866, Dall., 66, 1, 178.

L'idée de propriété du mari sur la dot mobilière étant abandonnée, on prétend tirer les pouvoirs d'aliénation du mari de son droit de jouissance et d'administration. Mais en admettant pour un moment que cela soit exact, il faut au moins être logique et accorder de toute nécessité le même droit à la femme après la séparation de biens. Le mari, dit-on, peut aliéner les meubles dotaux, et cela en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1549. Or, ce sont précisément et exactement ces mêmes pouvoirs de jouissance et d'administration qui, par l'effet de la séparation, reviennent à la femme, et s'il est vrai de dire du mari que le droit d'aliéner n'est qu'une conséquence du droit de jouir et d'administrer, il faut le dire aussi de la femme. Rien n'autorise à établir une différence, selon que l'administration appartient à l'un ou à l'autre des époux, d'autant plus que la femme joint à sa qualité d'administrateur celle de propriétaire. Après la séparation de biens, la femme reprenant les pouvoirs précédemment attribués au mari, doit donc, même dans ce système, pouvoir aliéner sa dot mobilière.

Il arrive donc que, quand les époux ont adopté le régime dotal, puis que la séparation de biens vient à être prononcée, au lieu de se substituer au régime dotal, cette séparation ne fait que coexister avec lui. Les époux se trouvent alors placés sous un régime mixte participant à la fois du régime dotal en ce que les immeubles dotaux demeurent inaliénables, et de la séparation de biens, en ce sens que la femme reprend la jouissance et l'administration de sa dot.

On devra d'ailleurs appliquer les règles de l'article 1448, en ce qui concerne la contribution de la femme aux charges du ménage.

Cette solution a cependant été contestée, et un certain système enseigne que la femme devra dans tous les cas verser au mari, chargé de subvenir aux besoins de la famille, la totalité de ses revenus dotaux (1).

---

(1) Colmet de Santerre, VI, nº 225 bis, II, p. 539.

Sous le régime de la communauté, dit l'éminent jurisconsulte, la femme ne supporte les dépenses que proportionnellement à ses revenus, puisque les époux mettent leurs revenus en commun. L'article 1448 décidant que « la femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs », ne fait que confirmer l'état de choses préexistant. Il n'en est plus de même sous le régime dotal, où la femme doit contribuer aux dépenses en fournissant tous ses revenus (art. 1549). Décider qu'après la séparation de biens elle ne devra plus y contribuer que pour sa quote-part, serait apporter au contrat de mariage une grave dérogation qui n'est même pas nécessaire à la conservation de la dot.

Nous ne partageons pas cet avis. D'abord l'article 1563 renvoie, pour tout ce qui est relatif à la séparation de biens, « aux articles 1443 et suivants », donc aussi bien à l'article 1448 qu'aux autres. La différence qu'on voudrait établir entre le régime de communauté et le régime dotal, est loin de nous sembler exacte. Au contraire, dans l'un comme dans l'autre régime, la femme contribue aux dépenses sur tous ses revenus, puisque tous ces revenus appartiennent au mari, chef de la communauté. Il n'y a donc, sous ce rapport, aucune différence à établir, et l'article 1448 n'apporte pas plus de dérogation dans un cas que dans l'autre. En apporterait-il, même dans le régime dotal comme on le suppose dans la première opinion, que la solution serait toujours la même. L'article 1563 se réfère formellement à l'article 1448, et celui-ci décide expressément et sans aucune distinction que la femme séparée de biens ne doit contribuer aux dépenses du ménage que proportionnellement à ses revenus. La solution que nous proposons, en faisant supporter les charges du mariage aux deux époux, est en outre plus équitable, et pour ce motif encore nous semble devoir être préférée.

En pratique, l'intérêt de cette question disparaîtra dans

la grande majorité des cas, car, une fois la séparation prononcée, les seules ressources du ménage seront le plus souvent la fortune propre de la femme. Il n'y aura plus alors à parler de part proportionnelle.

Les revenus des biens dotaux, du moins tant qu'ils ne sont pas échus ou perçus, suivent le sort des biens eux-mêmes. L'inaliénabilité des immeubles dotaux survivant à la séparation de biens, la femme ne pourra donc disposer de ses revenus que dans la mesure où le mari lui-même pouvait le faire avant la séparation de biens, c'est-à-dire qu'elle ne pourra aliéner, de ses revenus immobiliers, que le surplus non nécessaire aux besoins du ménage, et que les créanciers, envers lesquels elle s'est obligée depuis la séparation, ne pourront également saisir que ce surplus. Quant aux revenus de la dot mobilière, la femme pouvant, selon nous, aliéner ses meubles eux-mêmes, aura *a fortiori* le droit d'en aliéner les revenus.

Dans l'opinion d'après laquelle la femme séparée devrait verser au mari la totalité de ses revenus, il est à peine besoin de faire remarquer que toute aliénation de revenus est forcément interdite à la femme.

CHAPITRE II

DES POUVOIRS DU MARI SUR LES BIENS PARAPHERNAUX

Dans notre droit la paraphernalité est la règle et la dotalité l'exception. « Tous les biens de la femme, dit l'article 1574, qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux. » Il n'y a donc pas besoin, pour qu'un bien soit paraphernal, d'une clause spéciale dans le contrat de mariage ; par cela même qu'il n'est pas constitué en dot, il est paraphernal.

La femme a la jouissance et l'administration de tous ses biens paraphernaux (art. 1576, al. 1). Quand elle n'a pas de biens dotaux, elle contribue aux charges du mariage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. Pour qu'il en soit ainsi il faut que le contrat de mariage ne contienne aucune disposition relative à ce point, sinon on devrait se conformer à ses prescriptions. La part contributoire de la femme, que la loi fixe au tiers de ses revenus, n'est pas d'ailleurs invariable, et, même dans le silence du contrat de mariage, il pourrait arriver que cette part dût être augmentée, si par exemple les revenus du mari ne suffisaient pas pour fournir les deux autres tiers. Il existe même un cas où la femme devra supporter seule les charges du ménage, c'est lorsque le mari ne possède rien. A l'inverse la femme qui a des biens dotaux ne sera ordinairement pas tenue de subvenir aux besoins de la famille sur ses biens paraphernaux, à moins cependant que les revenus des biens dotaux ne soient insuffisants.

La femme dotale ne peut pas aliéner ses biens paraphernaux sans une autorisation de son mari ou de justice (art. 1576, al. 2). Ce point universellement admis en ce qui concerne les immeubles est au contraire très contro-

versé quand il s'agit des meubles, et une opinion très considérable enseigne que la femme pourra parfaitement aliéner ses meubles paraphernaux sans aucune espèce d'autorisation (1). La femme, dit-on, est vis-à-vis de ses paraphernaux ce qu'est le mari à l'égard des biens dotaux, comme lui, elle a la jouissance et l'administration, d'où comme lui aussi elle pourra aliéner les meubles, ce droit d'aliénation n'étant qu'une suite, une conséquence, du droit d'administration. Cette solution est d'autant plus incontestable qu'il n'existe aucun motif d'établir au point de vue en question entre la femme séparée de biens et la femme dotale, une différence quelconque ; et pour la première il est certain qu'elle a le droit d'aliéner sans autorisation ses meubles personnels (art. 1536 et 1538). Enfin, ajoute-t-on, il est permis de croire que l'article 1576 n'a eu en vue que les immeubles.

Telle ne nous paraît cependant pas devoir être la véritable solution. Nous croyons avoir démontré en examinant la question de la possibilité pour le mari d'aliéner les meubles dotaux, que le droit d'aliénation, même pour les meubles, ne peut jamais découler du droit d'administration. Dès lors la femme ne pourra pas se prévaloir de ce qu'elle a la libre administration de ses meubles paraphernaux pour prétendre avoir également le droit de les aliéner sans autorisation.

Nous croyons d'autre part qu'il y a au contraire un motif, et un motif très grave, d'établir ici une différence entre la femme séparée et la femme dotale, c'est le texte même de la loi. Que les articles 1536 et 1538, ne refusant à la femme séparée que le droit d'aliéner ses immeubles, lui accordent par cela même celui d'aliéner les meubles, nous le voulons ; mais ces deux articles n'ont rien à voir avec le régime dotal dont un texte spécial, l'article 1576, règle précisément la question. Ce texte ne parle plus seulement,

---

(1) Aubry et Rau, V, § 541, texte et note 10, p. 639-640.

comme l'article 1538, des immeubles, il dit expressément que la femme dotale ne peut sans autorisation aliéner ses *biens* paraphernaux, c'est-à-dire tous ses biens meubles comme immeubles ; et nous ne comprenons pas qu'en présence de termes aussi formels et aussi généraux on ait pu croire que cet article n'avait eu en vue que les immeubles. Notre texte ne fait que donner à la femme la jouissance et l'administration de ses biens paraphernaux, il ne la relève pas de l'incapacité qui la frappe sous d'autres rapports en tant que femme mariée ; pour tous les autres actes elle reste soumise à l'application des règles du droit commun ; donc quand elle voudra aliéner un meuble paraphernal, elle devra obtenir soit l'autorisation du mari soit, à son défaut, l'autorisation de justice.

Qu'on ne nous objecte pas la solution du droit romain. Si la femme, à Rome, pouvait aliéner seule ses meubles paraphernaux, elle pouvait également aliéner seule ses immeubles et si l'on se basait sur le droit romain on devrait reconnaître qu'il en est encore de même aujourd'hui et c'est ce que personne n'ose soutenir. L'article 1576 a précisément fait cesser cet état de choses, d'une part en refusant textuellement à la femme le droit d'aliéner sans autorisation ses biens paraphernaux et d'autre part en ne lui en accordant que la jouissance et l'administration (1).

A part cette différence les droits de la femme sur ses biens paraphernaux sont d'ailleurs sensiblement les mêmes que ceux de la femme séparée de biens.

Des cas où le mari peut administrer les biens paraphernaux et en jouir.

Le principe est donc que la femme a seule la jouissance et l'administration de ses biens paraphernaux. Mais elle peut très bien en confier l'administration au mari en s'en réservant la jouissance ; c'est le cas prévu par l'article 1577 ainsi conçu : « Si la femme donne sa procuration au

---

(1) Troplong, IV, n° 3691.

mari pour administrer ses biens paraphernaux avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire ». Il résulte par *a contrario*, que le mari n'est tenu des fruits vis-à-vis de la femme que si le mandat d'administrer lui a été donné à la charge expresse d'en faire état, auquel cas il est tenu comme tout mandataire. Si donc la femme avait donné au mari simplement mandat d'administrer, sans lui imposer l'obligation de rendre compte des fruits, celui-ci ne serait tenu, comme dans le cas de mandat tacite (art. 1578), qu'à la représentation des fruits existant encore lorsque le mandat prend fin (1).

Si le mandat a été donné dans le contrat de mariage, il est irrévocable comme le contrat lui-même et pour le faire cesser il faudra recourir à la séparation de biens ; s'il a été donné par un acte postérieur il sera révocable au gré de la femme.

Celle-ci en confiant au mari l'administration de ses biens paraphernaux peut aussi lui en abandonner la jouissance.

Le mari administre sans mandat, mais en même temps sans opposition de la part de la femme. — L'article 1578 prévoit le cas où cet abandon a lieu sans convention expresse, mais en fait ; le mari n'est alors tenu, à la dissolution du mariage ou à la séparation de biens, ou encore à la première demande de la femme, que de rendre les fruits existants, il n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors.

Le mari jouit sans mandat et malgré l'opposition de la femme. — Dans ce cas il est comptable envers la femme de tous les fruits tant existants que consommés (art. 1579). Quand la loi parle de l'opposition *constatée* de la femme, elle n'entend pas exiger que cette opposition soit constatée par acte judiciaire ; il suffit d'un

(1) Cass., 6 août 1878, Dall., 79, 1, 414.

écrit quelconque prouvant la résistance effective de la femme à l'administration de ses biens paraphernaux par le mari (1). Nous croyons même, qu'une simple correspondance, l'aveu du mari, permettraient aux tribunaux de considérer l'opposition de la femme comme suffisamment constatée.

Enfin l'article 1580 décide que « le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier ». Si le mari a fait des améliorations dans les biens paraphernaux dont il a joui, il peut répéter les sommes qu'il a déboursées dans ce but, « alors surtout, dit la Cour de Cassation, dans un arrêt du 12 février 1849, qu'il est établi à raison de la modicité des revenus, qu'ils ont été employés aux dépenses de la famille ».

La jouissance et l'administration du mari, dans les cas que nous venons d'indiquer, cessent pour les biens paraphernaux, par les mêmes causes que pour les biens dotaux. En outre, dans le cas où le mari en jouit en vertu d'un mandat exprès, donné par un acte postérieur au contrat de mariage, ou en vertu d'un mandat tacite, la femme peut faire tomber les pouvoirs du mari en révoquant le mandat, ce qu'elle peut faire quand bon lui semble.

La dernière question qu'il nous reste à examiner est celle de savoir si, en cas de vente d'immeubles paraphernaux par la femme autorisée de justice, le mari sera garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble ainsi aliéné. En d'autres termes l'article 1450 est-il applicable au mari de la femme dotale ?

Les époux peuvent convenir dans le contrat de mariage que les biens paraphernaux ne pourront être aliénés que sous la condition que remploi en sera fait. A la différence de ce que nous avons constaté en pareil cas pour les biens dotaux, cette clause n'est opposable aux tiers que s'il résulte clairement des termes du contrat de mariage que les

---

(1) Cass., 13 novembre 1861, Dall. 62, 1, 367.

époux ont entendu qu'il en soit ainsi. D'ailleurs l'aliénation ainsi faite sans remploi sera toujours valable ; le tiers acquéreur n'aura pas à craindre de se voir évincer, seulement s'il a payé sans s'assurer que le remploi était fait, il s'expose à payer une seconde fois.

Si nous supposons une telle vente faite par la femme avec autorisation de justice, l'article 1450 sera-t-il applicable? Non, répondent quelques auteurs (1). Cet article n'a été écrit que pour le régime de communauté et on sait qu'on ne peut étendre les textes du régime de communauté au régime dotal. De plus il constitue une grave dérogation au droit commun, et sous ce rapport encore il ne peut être appliqué par analogie à un cas qu'il ne prévoit pas. Pour les biens paraphernaux on retombe donc sous l'application du droit commun et en vertu de la règle: *Qui auctor est se non obligat*, le mari dotal ne sera pas garant du défaut d'emploi du prix de l'immeuble paraphernal aliéné par la femme avec autorisation de justice, à moins toutefois qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été touchés par lui ou ont tourné à son profit.

Cette solution ne nous paraît pas devoir être admise et nous pensons, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs (2), que l'article 1450 doit recevoir ici son application. On ne comprendrait pas que la femme fut moins protégée sous le régime dotal, régime de protection par excellence, alors que les liens du mariage existent avec toute leur force et que l'autorité maritale n'a reçu aucune espèce d'atteinte, qu'elle ne l'est alors que ces liens sont déjà relâchés par la séparation de biens. Les motifs sur lesquels sont basées les dispositions de l'article 1450 sont exactement les mêmes, qu'il s'agisse de l'aliénation d'un immeuble paraphernal par la femme dotale ou par la femme séparée de biens.

---

(1) Sériziat, Traité du régime dotal, n° 347.

(2) Troplong, II, 1459 et 1460 ; Marcadé, s. art. 1450 III ; Aubry et Rau, V, § 541, p. 640. — Montpellier, 13 décembre 1862, Sir., 63, 2, 8 ; Cass., 13 novembre 1861, Dall., 62, 1, 367.

APPENDICE

COMBINAISON DU RÉGIME DOTAL AVEC LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Les divers régimes matrimoniaux peuvent en général se combiner entre eux (1387 et 1527). L'article 1581 prévoit l'adjonction au régime dotal d'une société d'acquêts et corrige ainsi l'un des inconvénients du régime dotal, la séparation des intérêts. C'était une stipulation très fréquente dans l'ancien droit, et certains de nos pays de droit écrit admettaient même que la société d'acquêts était jointe au régime dotal *ipso jure*, sans clause spéciale dans le contrat de mariage. Cette société très employée encore aujourd'hui est une véritable communauté d'acquêts. Il s'opère ainsi une combinaison entre les deux régimes, le régime dotal restant du reste, d'après l'intention des parties, le régime de fond. Sauf convention contraire on devra donc en principe maintenir les règles du régime dotal, à moins qu'elles ne soient incompatibles avec la communauté d'acquêts.

Les effets de cette combinaison sont les suivants :

L'actif de la société d'acquêts comprend d'abord les produits de l'industrie des époux et les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage ; ces deux catégories de biens tomberont dans la société d'acquêts comme à l'ordinaire. Il comprend également les fruits et revenus des biens du mari ainsi que ceux des biens dotaux de la femme et même, bien que ce point soit l'objet d'une vive controverse, les fruits et revenus de ses biens paraphernaux. Ces biens, dont la jouissance appartient au mari en sa qualité de chef de la communauté, seront régis par les règles ordinaires de la communauté réduite aux acquêts. Ainsi

les fruits naturels seront acquis conformément au droit commun et non au jour le jour comme le dispose l'article 1571 à propos des fruits naturels des biens dotaux; autrement il y aurait inégalité entre le mari et la femme.

Quant au passif de cette société d'acquêts, on devra suivre encore les règles ordinaires du régime de communauté réduite aux acquêts. Il se composera des dettes contractées pendant le mariage, soit par le mari, soit par la femme autorisée de son mari ou de justice, et des arrérages des dettes antérieures au mariage.

Les revenus des biens dotaux seront saisissables par les créanciers communs.

La seule question qui présente quelque difficulté, est celle de savoir à qui appartiennent, quand une société d'acquêts est jointe au régime dotal, l'administration et la jouissance des biens paraphernaux, et si leurs revenus tombent en communauté.

Dans une première opinion, on décide que le mari n'aura jamais, à moins de clause contraire, ni l'administration, ni la jouissance des revenus paraphernaux, même quand une société d'acquêts se trouve jointe au régime dotal. Cette société n'aura d'effets qu'en ce qui concerne les économies faites par la femme sur ces revenus, économies qui tomberont alors en communauté, tandis que sous le régime dotal simple, ils seraient restés en règle générale la propriété de la femme (1).

Les biens paraphernaux, dit-on, présentent deux caractères distinctifs et essentiels; d'une part, ils sont aliénables et prescriptibles, de l'autre, la jouissance et l'administration en restent à la femme. Enlevez l'un ou l'autre de ces deux caractères et la parapherpalité elle-même dispa-

---

(1) Rodière et Pont, III, nos 2034, 2035; Aubry et Rau, V, § 541 bis, p. 644; Guillouard. IV, no 2202, p. 479-481. — Cass., 14 novembre 1864, Dall., 65, 1, 137; Riom, 31 janvier 1866, Dall., 66, 2, 219.

rait. Il résulte du contrat de mariage que la femme, par cela même qu'elle ne s'est pas constitué en dot tels ou tels biens, a entendu que ces biens seraient paraphernaux, la dotalité étant, nous l'avons dit, l'exception, et ne pouvant se présumer sans une clause spéciale. De ce que la femme s'est ainsi réservé certains biens comme paraphernaux, il résulte qu'elle a également entendu en conserver l'administration et la jouissance en vertu de l'article 1576; donner au mari soit l'administration, soit la jouissance, soit l'une et l'autre à la fois, serait faire subir aux conventions matrimoniales un changement important, ce qui est formellement interdit par la loi, ou mieux encore détruire conplètement la paraphernalité.

Il ne faut pas perdre de vue que dans le cas d'une société d'acquêts jointe au régime dotal, ce sont toujours, et à moins qu'elles ne soient incompatibles avec la société d'acquêts, les règles du régime dotal qui devront l'emporter et régir la situation. L'administration de la femme est tout aussi nécessaire à l'existence de la paraphernalité, que l'est celle du mari pour l'existence de la dotalité; et de même qu'on reconnaît, comme nous l'avons fait nous-même, que la femme ne pourrait se réserver l'administration de ses biens dotaux même par une clause spéciale et formelle, de même il faut admettre, au moins quand le contrat ne s'en explique pas, que l'administration des biens paraphernaux ne passe pas au mari. Le simple fait, qu'une société d'acquêts vient s'ajouter au régime dotal, ne peut pas enlever à la femme l'administration de ses paraphernaux; cette règle n'a rien d'incompatible avec celle de la société d'acquêts. Enfin, une telle société a été ajoutée aux conventions matrimoniales dans l'intérêt de la femme elle-même et elle irait directement contre son but, si la femme avait des pouvoirs moins étendus dans notre hypothèse que dans le cas de régime dotal pur et simple; et c'est cependant ce qui arriverait si le mari avait l'administration des paraphernaux.

Dans un deuxième système qui est tout à fait l'inverse

du premier, les revenus des paraphernaux tomberaient pour le tout dans la communauté d'acquêts ; le mari aurait à la fois et la jouissance et l'administration de ces biens (1).

Voici les arguments invoqués par ces auteurs pour justifier leur système.

Telle était déjà la solution admise, dans notre ancien droit, notamment par l'article 42 de la coutume de Bordeaux.

L'article 1581 renvoie textuellement aux articles 1498 et 1499, et d'après ces textes, le mari, chef de la communauté d'acquêts, a l'administration et la jouissance de tous les biens personnels de la femme, donc le mari chef de la société d'acquêts doit également avoir la jouissance et l'administration des biens paraphernaux de la femme. Cette solution ne supprime pas d'ailleurs, comme le prétendent les partisans du premier système, toute différence entre les biens dotaux et les biens paraphernaux ; car si le mari a alors la jouissance et l'administration des uns et des autres, les premiers sont toujours inaliénables et imprescriptibles, tandis que les seconds restent parfaitement aliénables et prescriptibles ; de plus à l'égard de ces derniers, le mari ne peut exercer les actions pétitoires, droit qui reste à la femme et que le mari a seul quand il s'agit des premiers (art. 1549).

Le premier système présente en outre un très grand inconvénient pratique dont l'existence seule suffirait pour le faire abandonner. « On a admis en effet, dit M. Colmet de Santerre, que la femme administre, qu'elle emploie ses revenus à ses dépenses personnelles, mais qu'elle doit mettre ses économies dans la société d'acquêts, c'est-à-dire que l'actif de la société sera plus ou moins important selon le caprice de la femme ; que cette femme sera obligée envers la société d'acquêts sous une condition protestative

(1) Marcadé, s. art. 1581, II, p. 107 ; Colmet de Santerre, VI, nº 252 bis, p. 559 ; Laurent, XXIII, nº 591.

qu'en tous cas elle pourra trouver qu'elle n'a pas d'intérêts à faire des économies puisque les sommes épargnées par elle seraient mises à la discrétion du mari. Il est facile de comprendre combien un pareil régime serait dangereux pour le bon accord entre les époux. » En résumé le mari aurait donc sur les paraphernaux les mêmes pouvoirs que ceux qu'il a sur les biens propres de la femme dans le régime de communauté.

La véritable solution nous semble se trouver dans un système intermédiaire. Nous croyons qu'il faut admettre, avec les partisans de la première opinion, que la femme gardera l'administration de ses paraphernaux, mais en même temps, avec le deuxième système, qu'elle devra en laisser la jouissance à la communauté d'acquêts et par conséquent au mari. (1)

Du moment où il y a une communauté, le mari doit avoir, en vertu des règles ordinaires, la jouissance des biens personnels de la femme, en sa qualité de chef de la communauté ; cette règle fait donc obstacle à ce que la femme puisse garder la jouissance de ses paraphernaux. Tous les revenus de ces biens doivent être compris dans l'actif de la société d'acquêts et par suite être versés entre les mains du mari administrateur de cette société. La femme, ne peut pas les garder, puisque c'est là une acquisition mobilière et que toutes ces acquisitions tombent en communauté.

Mais il n'en est plus de même en ce qui concerne l'administration. Tout ce que veut la loi c'est que, quand il y a communauté, les revenus des biens personnels de la femme appartiennent à cette communauté. En outre et dans le silence des parties, l'administration de ces biens appartient également en principe au mari.

Mais nous avons vu qu'en matière de communauté la femme tout en laissant la jouissance de ses propres au mari peut parfaitement stipuler qu'elle les administrera,

---

(1) M. P. Lombard, à son cours.

et c'est précisément ce qu'elle a fait en se réservant dans le contrat de mariage, tacitement au moins, en ne les déclarant pas dotaux, certains de ses biens comme paraphernaux.

La solution que nous proposons a été implicitement consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1864 précité et qui décide : que la femme a l'administration de ses paraphernaux à l'exclusion du mari, bien qu'une société d'acquêts ait été stipulée par le contrat de mariage, et cela, même dans le cas où il a été convenu que les revenus des paraphernaux de la femme tomberaient dans la communauté d'acquêts, que par suite la femme a seule le droit de donner à ferme ses biens paraphernaux et que le bail, par elle consenti, doit prévaloir sur celui qui aurait été fait par son mari.

La société d'acquêts se dissout, comme tout régime matrimonial en général, par la mort de l'un ou de l'autre des époux, le divorce, la séparation de corps et la séparation de biens. La femme a le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Son acceptation l'oblige à payer les dettes communes; mais ces dettes ne pourront être poursuivies sur les biens dotaux, à cause de l'inaliénabilité qui les frappe.

Enfin les droits de viduité de la femme seront réglés conformément à l'article 1465, qui n'est qu'un corollaire des règles de la liquidation de toute communauté, et non par les dispositions exceptionnelles et particulières au régime dotal de l'article 1570.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Dans les obligations à terme, l'échéance du terme n'emporte pas demeure de plein droit.

II. — Le pupille, sorti de l'*infantia*, qui s'engage seul, est tenu d'une obligation naturelle.

III. — A l'époque classique, le possesseur de bonne foi acquiert les fruits définitivement par la perception.

IV. — L'*auctoritas tutoris* doit toujours être donnée *in ipso negotio* quel que soit l'acte fait par le pupille.

DROIT CIVIL

I. — Le mari commun ne peut, en principe, aliéner les meubles personnels de sa femme.

II. — Les effets de la séparation de corps remontent, dans les rapports des époux entre eux, au jour de la demande.

III. — La femme qui accepte la communauté ne peut pas revendiquer son immeuble propre aliéné par le mari, dans le cas où celui-ci est tenu à garantie envers l'acquéreur.

IV. — Sous le régime dotal, la dot mobilière n'est pas inaliénable ; néanmoins le mari ne peut l'aliéner.

V. — L'article 1565, qui accorde au mari un délai d'un an pour restituer la dot consistant en une somme d'argent ou en meubles estimés, cesse d'être applicable dans le cas où la restitution a lieu à la suite d'une séparation de biens.

VI. — Le mariage contracté par un interdit pendant un intervalle lucide, doit être regardé comme valable, même en l'absence du consentement du conseil de famille.

VII. — La responsabilité édictée par l'article 1385, à raison du dommage causé par un animal, n'est pas encourue par le propriétaire auquel aucune faute n'est imputable.

DROIT CRIMINEL.

I. — La tentative d'avortement n'est pas punissable, qu'elle émane de la femme ou de toute autre personne.

II. — Les papiers qui sont en la possession d'un notaire ne peuvent être saisis, en vertu des articles 37 et 89 du code d'instruction criminelle, au moins en tant que le notaire les a reçus à titre confidentiel et comme conseil des parties.

DROIT COMMERCIAL

I. — Pour faire le commerce, la femme mariée doit nécessairement obtenir l'autorisation de son mari.

II. — Le commissionnaire ne peut acheter à un prix supérieur à celui fixé par son commettant ; toutefois il pourrait contraindre ce dernier à exécuter le marché au prix par lui fixé.

Vu :
Nancy, le 7 mai 1889,
Le Président de la thèse,
P. LOMBARD.

Vu :
Nancy, le 7 mai 1889,
Le Doyen,
E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 9 mai 1889,
Le Recteur,
E. MOURIN.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

Division du sujet 3
CHAPITRE I. — Des actes d'administration en général. . . . 7
SECTION I. — Actes d'acquisition 8
SECTION II. — Actes de conservation 13
SECTION III. — Actes d'exploitation 15
SECTION IV. — Actes relatifs aux créances et aux dettes de la femme 27
CHAPITRE II. — De l'exercice des actions judiciaires 34
SECTION I. — Actions mobilières et possessoires. 34
SECTION II. — Actions pétitoires 38
CHAPITRE III. — Des actes d'aliénation 44
SECTION I. — Actes d'aliénation concernant les meubles . 44
§ I. — Des meubles qui restent propres. 44
§ II. — Le mari peut-il les aliéner 45
§ III. — Exceptions à la règle que le mari ne peut aliéner les meubles propres de la femme. 56
SECTION II. — Actes d'aliénation concernant les immeubles 57
CHAPITRE IV. — Des modifications qui peuvent être apportées aux pouvoirs d'administration du mari. 67
SECTION I. — Modifications résultant du contrat de mariage 67
§ I. — La femme se réserve la jouissance et l'administration d'une certaine partie de ses biens 67
§ II. — Emploi 69
§ III. — Remploi 71
SECTION II. — Modifications résultant de quelques clauses particulières 80
§ I. — Absence 80
1° Période de présomption d'absence 81
2° Période de déclaration d'absence 82

Pages.

§ II. — Interdiction 87
1° du mari 88
2° de la femme 91
§ III. — État d'un époux placé dans un établissement d'aliénés 92
§ IV. — Contumace 93
CHAPITRE V. — De la responsabilité du mari 94
CHAPITRE VI. — Des causes qui mettent fin à l'administration du mari 99
Section I. — Mort de l'un des époux 99
Section II. — Divorce 101
Section III. — Séparation de biens 101
Section IV. — Séparation de corps 104
Section V. — Jugement prononçant la nullité du mariage 110

DEUXIÈME PARTIE

TITRE I. — Régime sans communauté 116
§ I. — Quelles règles doit-on appliquer à ce régime . . . 117
§ II. — De l'administration du mari. 120
TITRE II. — Régime de séparation de biens. 126
§ I. — Différences entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire 126
§ II. — De certains cas exceptionnels où le mari administrera les biens personnels de la femme 129
1° Le mari administre en vertu d'un mandat exprès de la femme. 129
2° Il administre sans mandat mais aussi sans opposition de la part de la femme. 131
3° Il administre sans mandat et malgré l'opposition de la femme 131
§ III. — De la responsabilité du mari. 133
I. — La vente a été faite par la femme autorisée de justice 134
II. — La vente a été faite par la femme avec l'autorisation du mari. 137
TITRE III. — Régime dotal 144
Généralités 144
CHAPITRE I. — Des droits et des pouvoirs du mari sur les biens dotaux 148
Section I. — De l'administration des biens dotaux 148
§ I. — Biens dont le mari devient propriétaire. . . . 152
§ II. — Biens dont la propriété reste à la femme. . . 158

Pages.

SECTION II. — De l'exercice des actions judiciaires 167
SECTION III. — Des actes d'aliénation 187
§ I. — Des pouvoirs d'aliénation du mari sur les immeubles dotaux 187
1° Le mari a vendu l'immeuble comme sien. . . 190
2° Le mari a vendu l'immeuble comme dotal . . 192
3° Le mari a concouru à la vente 196
Effets d'une vente consentie par le mari seul . . 197
La femme est-elle tenue à garantie envers l'acquéreur évincé? 199
§ II. — Des pouvoirs du mari sur la dot mobilière. . 202
SECTION IV. — Obligations et responsabilité du mari. . . 211
SECTION V. — Des modifications qui peuvent être apportées aux pouvoirs du mari 223
§ I. — De quelques modifications résultant du contrat de mariage 224
§ II. — Emploi 232
§ III. — Remploi 245
SECTION VI. — Des causes qui mettent fin aux pouvoirs du mari. 248
CHAPITRE II. — Des pouvoirs du mari sur les biens paraphernaux 254
APPENDICE. — Combinaison du régime dotal avec la Société d'acquêts 260

ERRATA

PAGES	LIGNES	AU LIEU DE	LIRE
16	25	des produits bien supérieurs. Il ne...	des produits bien supérieurs, il ne...
16	32	imposible	impossible
32	30	en effet.	en effet,
58	1 et 2	soit d'ailleurs à titre ou à titre gratuit onéreux...	soit d'ailleurs à titre gratuit ou à titre onéreux...
62	35	interdiction	l'interdiction
126	17	conparer	comparer
214	4	*de Eo*	*de eo*
221	17	ou tout autre	ou pour tout autre